

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA

in

**DIRITTO DELL'ECONOMIA E TUTELA DELLE SITUAZIONI
SOGGETTIVE**

XXIX Ciclo

***Processo amministrativo e giurisdizione oggettiva: tra ipotesi
normative ed evoluzione giurisprudenziale.***

TUTOR

Ch.mo Prof. Fiorenzo Liguori

CANDIDATA

Dott.ssa Anna Chiara Reale

Anno Accademico 2016/2017

PROCESSO AMMINISTRATIVO E GIURISDIZIONE OGGETTIVA: TRA IPOTESI NORMATIVE ED EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE.

CAPITOLO I

LE CONDIZIONI DELL' AZIONE E L'OGGETTO DELLA GIURISDIZIONE: CONTENUTO E LIMITI

1. PROCESSI A CONTENUTO OGGETTIVO E PROCESSI A CONTENUTO
SOGGETTIVO: PROFILI GENERALI pag. 1
- 1.1 IL GIUDIZIO AMMINISTRATIVO: OGGETTO E METODO
PROCESSUALE pag. 7
2. I PROCESSI A CONTENUTO SOGGETTIVO, ELEMENTI
CARATTERIZZANTI. IN PARTICOLARE, PRINCIPIO DISPOSITIVO E
GIUDIZIO AMMINISTRATIVO pag.12
- 2.1 Segue: IL PRINCIPIO DISPOSITIVO CON METODO ACQUISITIVO pag. 15
3. LE CONDIZIONI DELL'AZIONE: POSSIBILITÀ GIURIDICA,
INTERESSE AD AGIRE E LEGITTIMAZIONE AD AGIRE. NOZIONI
GENERALI pag. 22
- 3.1 INTERESSI COLLETTIVI ED INTERESSI DIFFUSI: IL PROBLEMA
DELLA LEGITTIMAZIONE AD AGIRE pag. 26
4. DALLA GIURISDIZIONE ESCLUSIVA AD UN MODELLO DI
GIURISDIZIONE "DIFFERENZIATO": LE NUOVE TENDENZE
PROCESSO AMMINISTRATIVO pag. 32

CAPITOLO II

LA GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA TRA REGOLA ED ECCEZIONE: IL CASO DELL' ART. 21 BIS L.287/90 E LE A.A.I.

1. IL CONDIZIONAMENTO SPIEGATO DAL DIRITTO SOVRANAZIONALE SUL DIRITTO PUBBLICO INTERNO: TRASFIGURAZIONE DI BENI GIURIDICI E RAFFORZAMENTO DELLE ESIGENZE DI TUTELA pag. 39
- 1.1. Segue. IL DIRITTO AMMINISTRATIVO EUROPEO: PRINCIPI GENERALI pag. 45
2. I POTERI DELL' AGCM E AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI: INQUADRAMENTO SISTEMATICO E FONDAMENTO DOGMATICO pag. 49
3. AUTORITÀ DI GARANZIA “PURA” E AUTORITÀ “SEMI-INDIPENDENTI” : IL RUOLO DELL' AGCM pag. 55
- 3.1 IL RICORSO DELL' AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO COSÌ COME DELINEATO DALL' ART. 21 BIS L. 287/90: PROFILI TECNICI ED ASPETTI PROBLEMATICI pag. 59
4. LA NATURA DEL RICORSO GIURISDIZIONALE DELL' AGCM: GIURISDIZIONE SOGGETTIVA O OGGETTIVA? pag. 70
5. AGCM E ART. 21 BIS L. ANTITRUST: TRA POTERI DI AMMINISTRAZIONE ATTIVA E POTERI DI NATURA GIURISDIZIONALE pag. 81

6. IL RILIEVO DEL BENE GIURIDICO CONCORRENZA NELL'ESEGESI DELL'ART. 21 BIS E I POTERI DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO: LA TUTELA DEL CONSUMER WELFARE COME BRECCIA NEL SISTEMA PER UN DIRITTO LIBERO IDONEO A FAR SCONFINARE I POTERI DEL GIUDICE NEL CD. MERITO AMMINISTRATIVO pag. 84

CAPITOLO III

I POTERI OFFICIOSI DEL G.A. ALLA LUCE DELLE RECENTI PRONUNCE DELL' ADUNANZA PLENARIA

1. IL CONTENZIOSO RELATIVO ALLE PROCEDURE DI AGGIUDICAZIONE DI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE : RAPPORTI TRA RICORSO PRINCIPALE E RICORSO INCIDENTALE CD. ESCLUDENTE, PROFILI DI GIURISDIZIONE OGGETTIVA pag. 89
- 1.1 LA GIURISPRUDENZA INTERNA PRIMA E DOPO LA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA (SENTENZA FASTWEB, 4 LUGLIO 2013, C-100/2012). pag. 96
- 1.2 Segue: NOTE CRITICHE pag.104
2. LA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA TORNA AD ESPRIMERSI SUI RAPPORTI TRA RICORSO PRINCIPALE E RICORSO INCIDENTALE ESCLUDENTE, NUOVE PROSPETTIVE (SENTENZA 5 APRILE 2016, C-689/13, PUGLIANICA/AIRGEST S.P.A.) pag.106
3. PRINCIPIO DELLA DOMANDA E ORDINE DEI MOTIVI DI RICORSO: L' ADUNANZA PLENARIA N. 5/2015 pag.111
4. POTERI OFFICIOSI DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO E PRINCIPIO DISPOSITIVO NELLA SENTENZA DELL'

ADUNANZA PLENARIA N. 4 DEL 2015

pag.120

5. BREVI NOTE CONCLUSIVE

pag.128

BIBLIOGRAFIA

pag.131

CAPITOLO I

LE CONDIZIONI DELL' AZIONE E L'OGGETTO DELLA GIURISDIZIONE: CONTENUTO E LIMITI

1. PROCESSI A CONTENUTO OGGETTIVO E PROCESSI A CONTENUTO

SOGGETTIVO: PROFILI GENERALI

Tradizionalmente, il processo sorge e dunque viene instaurato, per l'esigenza di accertare in via giurisdizionale un diritto soggettivo della parte; tale diritto, al di là di classificazioni dogmatiche "strette", corrisponde ad una situazione giuridica sostanziale (nella forma del diritto soggettivo *strictu sensu* inteso o dell'interesse legittimo) di cui il privato lamenta una lesione.

Ebbene, come è stato osservato da autorevole dottrina¹, esiste una categoria di processi in cui l'oggetto dell'accertamento giurisdizionale non si sostanzia nella tutela del diritto che la parte assume essere stato leso, bensì in un vero e proprio dovere del giudice che sorge tutte le volte in cui lo stesso si trovi di fronte a situazioni specialmente contemplate dalla legge. Tali forme processuali, generalmente collegate alla giurisdizione del diritto civile², in realtà trascendono

¹TOMMASEO, *I processi a contenuto oggettivo*, in Riv. Dir. Civ., 1988, 459 ss.

² Secondo l'Autore (TOMMASEO, op.ult.cit.) l'azione di nullità del matrimonio di cui all' art. 117 c.c. e quella di nullità del contratto, non costituiscono espressione di giurisdizione a contenuto oggettivo.; in queste ipotesi infatti, il fine ultimo dell'attuazione della legge non acquista preminente rilievo rispetto alla considerazione che tali giudizi sono pur sempre ipotesi tipiche di accertamento negativo, mediante le quali, in uno con l'accertamento dell'inesistenza del titolo negoziale, si accerta altresì l'inesistenza del diritto che in esso ricava la propria fonte. Diversamente, una delle più sicure manifestazioni di giurisdizione oggettiva nell'ambito del processo civile, è costituita dal procedimento di adozione ed in particolare, dalla costituzione dello stato di adottabilità. Tale procedimento, infatti, ha la forma tipica dei processi in cui è assente l'accertamento del diritto soggettivo; il diritto del minore a crescere in un ambiente familiare idoneo alle sue esigenze, pur essendo diritto inviolabile tutelato dall'art. 2 della Costituzione, non risponde, a parere dell' Autore, agli schemi tipici del diritto soggettivo suscettibile di essere fatto valere con l'azione civile. Emerge, dunque, un procedimento caratterizzato dall'impulso officioso del giudice, privo di una domanda in senso tecnico, dove il giudice esercita il suo potere-

l'ambito di quest'ultima, trovando pieno fondamento nel diritto processuale comune o generale; esse, infatti, *“consentono di organizzare in modo sistematico principi operanti in ogni manifestazione del processo giurisdizionale”*³.

Questa premessa, consente oggi di distinguere due modelli giurisdizionali contrapposti che si fondano, appunto, sulla diversità dell'oggetto dell'accertamento del giudice: si deve avere riguardo da un lato, ai processi a contenuto oggettivo in cui, come precedentemente accennato, assume preminente rilievo il dovere del giudice di provvedere in presenza di determinate situazioni legislativamente previste, dall'altro, ai processi a contenuto soggettivo, i quali vengono azionati in presenza di una lesione della situazione giuridica soggettiva vantata dal privato nella forma di un diritto o di uno stato personale⁴.

Nei processi a contenuto oggettivo, dunque, la funzionalizzazione dello scopo perseguito *“all'attuazione della legge indipendentemente da diritto individuale di alcuno”*⁵, costituisce il carattere distintivo di tale peculiare forma di giurisdizione⁶.

Risulta di preliminare importanza, tuttavia, ricavare un'autonomia dogmatica e sistematica per tali processi, e ciò al fine di evitare di ricadere in un equivoco di

dovere nel superiore interesse della legge. In questi termini, v. più approfonditamente, TOMMASEO, op.ult.cit., 509 ss.

³TOMMASEO, op. cit., 496

⁴TOMMASEO, op. cit., 496

⁵CHIOVENDA, *“Principii di diritto processuale civile”*, Napoli, 1923, p. 358

⁶Secondo un'autorevole dottrina (ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, Giuffrè, Milano, 1957), il processo penale è il modello paradigmatico delle manifestazioni di mero diritto oggettivo. Il fondamento della giustizia penale, infatti, risiede nel dovere del giudice di provvedere; tale affermazione, tuttavia, non è così pacifica in dottrina, in quanto secondo molti, il carattere oggettivo della giurisdizione penale è messo in crisi da un lato dall'esistenza del diritto dello stato di punire, dall'altro dalla tutela del diritto inviolabile della libertà personale, ovvero dal diritto di difesa garantito dall'art. 24 comma della Cost.(cnf. TAORMINA, *L'essenzialità del procedimento penale*, Napoli, 1974, p.439). La necessaria contemplazione del diritto di libertà, nella forma del diritto di difesa, non è sufficiente per riconoscere al processo penale la natura di processo fondato su diritti, nei termini propri dei processi a contenuto soggettivo; *“non è sicuramente un processo a contenuto soggettivo quello che, senza culminare in una pronuncia dichiarativa dei diritti delle parti, ha comunque l'attitudine ad incidere sui diritti dei soggetti che vi partecipano”*, in questi termini TOMMASEO, op.cit., 519.

fondo; il rischio, come sottolineato da un' illustre dottrina⁷, è quello di rintracciare i caratteri tipici delle forme giurisdizionali "oggettive", ovvero la funzionalizzazione del dovere giurisdizionale alla tutela dell'interesse della legge, in tutte le possibili forme di manifestazione del potere giurisdizionale. È fuor dubbio, infatti, che la funzione giurisdizionale secondo una concezione finalistica mira, sempre e comunque, all'attuazione del diritto obiettivo, seppur in via mediata e riflessa, talchè, in questo senso, ogni forma d'attività giurisdizionale è obiettiva.

Per queste ragioni, la sistematizzazione di tali formule processuali non può circoscriversi alla mera identificazione delle stesse nell'ambito del concetto di una "giurisdizione meramente oggettiva" in quanto tale formula, richiamando la suindicata funzionalizzazione dell' attività giurisdizionale, non consente di pervenire ad un sufficiente grado di precisione concettuale⁸.

Si tratterebbe invero, di un'inversione metodologica, tesa a far prevalere lo scopo oggettivo del processo – in virtù di una concezione teleologica dello stesso – su quello volto alla tutela, e quindi all'attuazione, del diritto soggettivo della parte, così trascurando una valutazione, di preliminare importanza, in virtù della quale non esiste un reale contrasto tra scopo obiettivo e scopo subiettivo della giurisdizione⁹, essendo entrambi scopi imprescindibili dell'azione giurisdizionale.

Proposta la domanda giudiziale, e compiuti i successivi atti affinché la causa pervenga a decisione, infatti, si produrrà come conseguenza giuridica di quell'iniziativa, il dovere del giudice di pronunciare sulla controversia. L'azione, quindi risulterà diretta verso il giudice e questi sarà obbligato a provvedere, avuto

⁷MONTESANO, "La tutela giurisdizionale dei diritti", nel *Trattato di dir. civ. it.*, fondato da F. Vassalli, Torino, 1985, p. 2

⁸TOMMASEO F., *op.cit.*

⁹GARBAGNATI, "La giurisdizione amministrativa", Milano, 1950, p.19

riguardo in via diretta e immediata alla situazione dedotta in giudizio, in via indiretta alla attuazione del diritto nell'interesse della legge. Infatti dalla pronuncia del giudice discenderanno ulteriori conseguenze giuridicamente rilevanti: la controparte sarà vincolata agli effetti della sentenza che il giudice emetterà in adempimento dei propri doveri sorti come conseguenza della domanda giudiziale. In questo modo la controparte non sarà soggetta al potere d'azione, bensì al potere giurisdizionale così obiettivizzato¹⁰.

Ebbene, risulterà sicuramente più corretto, ai fini della presente indagine, individuare i processi a carattere oggettivo, non tanto come espressione di “giurisdizione oggettiva” o “meramente oggettiva”, bensì come processi a contenuto oggettivo, *“lasciando così trasparire l’adesione ad un metodo che rifiuta le indagini funzionali per privilegiare la morfologia, la ricerca del dato strutturale, le regole formali dettate dal legislatore per lo svolgimento di tali processi”*¹¹.

Come accennato, infatti, l'individuazione di tali processi nel senso di privilegiare la loro dimensione funzionale a scapito di quella strutturale e contenutistica, rischia di apparire superficiale e di non cogliere la reale portata del fenomeno di cui gli stessi sono espressione, come si dirà in seguito.

Così incentrata l'analisi, occorre esaminare i tratti caratterizzanti dei processi a contenuto oggettivo; se da una parte, come già detto, il dovere di provvedere del giudice non sembra avere virtù individualizzante, in quanto costituisce il minimo comune denominatore di tutti i processi aventi carattere giurisdizionale, nonché *“l’ossatura di ogni rapporto processuale”*¹² dall'altra, è fuor dubbio che tale

¹⁰ ALLORIO, “L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale”, Giuffrè, Milano, 1957, p.30 ss.

¹¹ TOMMASEO F., *op.cit.*

¹² CHIOVENDA, “Istituzioni di diritto processuale civile, I, Napoli, 1933, p.52

caratteristica risulta sicuramente più accentuata nell'ambito di tali peculiari processi, sicchè l'attuazione dell'interesse pubblico diviene da scopo mediato dell'attuazione e della tutela delle posizioni giuridiche soggettive, a scopo immediato di tutela. È evidente allora, che l'oggetto dei processi a contenuto obiettivo trascende le singole posizioni giuridiche dedotte nel processo, fino ad assumere una dimensione “*non soggettivabile*”, in cui il giudice si fa guardiano delle scelte di politica legislativa e non dei diritti dei privati.

Se queste le premesse, di agevole comprensione, sono le relative conclusioni: a fronte di processi incentrati sulla tutela immediata dell'interesse pubblico funzionalizzato attraverso l'attività giurisdizionale, diviene concreta la possibilità che si smarriscano i tratti tradizionali della giurisdizione di tipo soggettivo, improntata essenzialmente sul principio dispositivo delle parti e sulla sussistenza delle condizioni dell'azione – imprescindibili per l'attivazione della tutela giurisdizionale – quali la legittimazione ad agire e l'interesse ad agire.

In altre parole il rischio è quello di creare dei processi vicini al modello inquisitorio, dominati dall'iniziativa officiosa del giudice; se è vero, infatti, che la domanda giudiziale costituisce il veicolo mediante il quale il diritto della parte viene introdotto all'interno del processo¹³, nei processi in cui manca l'affermazione di una specifica posizione giuridica sostanziale, vengono a mancare, di conseguenza, i pilastri portanti dei processi a contenuto soggettivo, ovvero l'azione e la domanda.

In questo senso si possono configurare processi dominati dall'impulso officioso del giudice, alla stregua di un vero e proprio pubblico ministero della legalità violata che agisce per il perseguimento del pubblico interesse, oppure

¹³ In questo senso, SATTA, voce “*Domanda giudiziale*”, in Enc. del dir., XIII, Milano, 1970 p.821

processi in cui, pur non mancando un'azione intesa in senso formale, quest'ultima non esprime una domanda in senso tecnico, quale affermazione di un diritto che si assume violato, bensì una mera richiesta di provvedere nell'ottica del pubblico interesse¹⁴.

Si parla a tal proposito di “mera azione”, ovvero di un potere di impulso processuale spettante a determinati soggetti legittimati *ex lege*¹⁵; con felice immagine della dottrina, è stato detto¹⁶ che le parti dei processi a contenuto oggettivo “*sono messe su artificialmente*”, nel senso che, mancando una vera e propria lesione di una situazione giuridica soggettiva individuale, queste sono individuate *ab esterno* in dei soggetti che risultano – quindi – portatori di pubblici interessi, nel senso sopra indicato.

Ebbene, se è vero, allora, che nei processi a contenuto oggettivo manca un vero e proprio diritto individualizzato in capo ad un soggetto che ne risulta il titolare, e dunque, in questo senso manca una vera e propria domanda, si deve ritenere che vengano a mancare - di conseguenza - i corollari propri dei processi a carattere soggettivo. Si ha riguardo, in particolare, al principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, in virtù del quale ai sensi dell'art. 112 c.p.c. il giudice non si può pronunciare oltre i limiti della domanda fatta valere in giudizio¹⁷.

¹⁴TOMMASEO F., *op.cit.* p.504

¹⁵ Il concetto di “mera azione” nei termini sopra indicati, risulta diverso da quello correntemente utilizzato dalla dottrina processual-civilistica; quest'ultima, infatti, interpretava il concetto di “mera azione” nel senso di impulso processuale di parte sganciato dalla spettanza del bene della vita ivi richiesto. In tal senso, autorevole dottrina (Chiovenda, “*Istituzioni di diritto processuale civile*”, *op. cit.*), identificava la mera azione con quella tipica dei processi di accertamento, cautelari e di esecuzione. In tal senso, TOMMASEO F., *op.cit.* p.505.

¹⁶CICU, “Il diritto di famiglia”, Roma, 1914, p.181

¹⁷ Ai sensi dell'art. 112 c.p.c., “*Il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni che possono essere proposte solo dalle parti*”. I limiti soggettivi ed oggettivi della domanda sono fissati dalle parti in virtù del principio dispositivo. In base a tale principio, viene sottratta al giudice la facoltà di determinare il *thema decidendum*, per cui una sua decisione che superi quanto richiesto risulta viziata da ultra petizione, mentre una decisione

Da tale rilievo derivano importanti implicazioni: in assenza di una domanda in senso tecnico e del conseguente potere-dovere del giudice di pronunciarsi nei limiti del *petitum*, quest'ultimo risulterà titolare di ampissimi poteri. Da una parte, egli potrà individuare i limiti dell'oggetto del contendere, dall'altro adottare i provvedimenti che riterrà più opportuni al fine di soddisfare quel dovere di cui è stato investito nell'ambito della funzionalizzazione del processo come mezzo di perseguimento del pubblico fine. Sembrerebbe, dunque, che i processi a contenuto oggettivo non siano dei processi di parte, laddove per questi ultimi si intendono quei processi che vedono nelle parti la propria origine ed il proprio sviluppo; né tantomeno si può ritenere che nei processi a contenuto oggettivo operi il principio dispositivo nel senso sopra indicato.

Si tratterebbe, allora, con tutta evidenza, di modelli giurisdizionali eccezionali, che soprattutto nell'ambito del processo amministrativo, hanno determinato e continuano a determinare, forti resistenze da parte della dottrina e della giurisprudenza.

Come si vedrà in seguito, infatti, nell'ambito del processo amministrativo, la possibile assenza dei tratti strutturali della giurisdizione di tipo soggettivo, fa sorgere maggiori perplessità, dettate dal possibile rischio della creazione di un processo in cui il giudice diviene titolare di grandi poteri, determinando possibili interferenze tra la sfera giudiziaria e quella amministrativa, coperta, com'è noto, dal cd. "merito amministrativo", di regola insindacabile.

1.1. IL GIUDIZIO AMMINISTRATIVO: OGGETTO E METODO PROCESSUALE.

caratterizzata da un sostanziale mutamento del *petitum* o della *causa petendi*, risulta viziata da extra petizione.

Le brevi premesse cui sopra si è accennato e che verranno approfondite nel corso della trattazione, meritano di essere contestualizzate nell'ambito del processo amministrativo.

Quest'ultimo si caratterizza per un elemento peculiare fondamentale, che consente di distinguerlo da qualsivoglia forma processuale presente nel sistema: esso si fonda sulla necessità di regolare rapporti, originariamente di carattere politico, *“tra il detentore di un potere autoritario ed il destinatario dello stesso”*¹⁸.

Com'è stato notato da autorevole dottrina, *“la giustiziabilità dell'atto amministrativo (cioè la sua sindacabilità da parte del Giudice) è solo un ulteriore profilo della sua legalità. Si tratta però, altrettanto necessariamente, di una giustiziabilità particolare. Il controllo del rispetto della legalità non può venire esercitato dal Giudice ordinario perché non si tratta di salvaguardare direttamente la libertà dei cittadini dall'ingerenza illecita dello Stato, ma di stabilire se i vincoli che questo s'è dato a garanzia dell'interesse generale e della realizzazione di tale interesse siano stati rispettati. Il controllo è preteso anzitutto nell'interesse obiettivo dell'ordine giuridico; la tutela del singolo cittadino è perseguita e ordinata, ma non può essere che una tutela mediata e coordinata da quella dell'interesse pubblico”*¹⁹.

Il fenomeno amministrativo presenta una doppia valenza: da un lato esso va inteso con riguardo alle norme che costituiscono il sistema giuridico della pubblica amministrazione, dall'altro lato va guardato come fonte di regolazione di rapporti che intervengono tra soggetti a condizioni impari, in cui uno detiene l'autorità e l'altro ne è assoggettato.

¹⁸ BENVENUTI, voce *“Processo amministrativo”*, Enc. del Diritto, XXXVI, 1987, p.455 ss

¹⁹ NIGRO, *“Giustizia amministrativa”*, VI ed., Bologna, 2002, spec. 29 e ss.

In questo senso, avendo riguardo al primo profilo, il processo deve essere interpretato in senso lato, come forma astratta di giurisdizione, con riguardo al secondo aspetto, come processo tipizzante, che costituisce manifestazione del primo. L'uno è espressione dell'altro, perché il primo è forma astratta di principi generali, l'altro si risolve in una sua diretta applicazione.

Queste notazioni preliminari consentono di distinguere due elementi fondamentali della presente analisi, ovvero l'oggetto del processo e la sua struttura; se da una parte, infatti, apparirà possibile considerare le forme processuali indipendentemente dal loro oggetto, dall'altro - e al tempo stesso - sarà possibile individuarne i tratti caratterizzanti proprio in relazione a quest'ultimo e ai soggetti che in esso intervengono, valutando come il processo - questa volta inteso in senso astratto - tenda ad adattarsi a seconda che abbia riguardo a rapporti paritari (tra privati) o rapporti autoritari (tipici del processo amministrativo).

Giova precisare che dal punto di vista processuale non è tanto, o meglio, non è solo, l'oggetto dedotto in giudizio, a determinare la forma ed il tipo del processo: non è infatti il contenuto specifico di quell'oggetto che conta per identificare una forma processuale, quanto piuttosto il risultato cui esso tende.²⁰

Premesso che ogni processo tende all'emanazione di una sentenza, il punto diviene capire a che scopo quel determinato provvedimento incide nella realtà in cui esso è chiamato ad intervenire. In tal senso, è stato osservato che il risultato cui la sentenza giurisdizionale tende, determina in qualche modo la struttura processuale di riferimento. Ebbene, ciò non appare del tutto condivisibile in quanto tale aspetto, non appare dirimente né caratterizzante, atteso che tutte le sentenze mirano ad un duplice

²⁰BENVENUTI, op. ult. cit., p.457

effetto: da un lato assicurare la certezza dei rapporti giuridici, dall'altro assicurare la verità e dunque la giustizia.

Si potrà allora sostenere che sebbene questi due elementi siano sempre presenti congiuntamente, non sempre risultano soddisfatti nella medesima maniera, sicchè tale ultima valutazione, unitamente, all'oggetto del giudizio, varrà a caratterizzare una forma processuale piuttosto che un'altra.

Nel processo amministrativo l'oggetto dell'accertamento, ovvero la linea di potere che lega l'autorità amministrativa al destinatario, consente senza dubbio di individuare come pregnante la funzione giurisdizionale intesa nel senso dell'accertamento della certezza del comando. A fronte di un provvedimento amministrativo illegittimo, infatti, pur non potendosi trascurare il "momento della verità" si deve privilegiare quello della riparazione dell'ordinamento giuridico eventualmente violato, scegliendo un modello processuale che tenda alla più sollecita affermazione della soluzione.

In questi casi, dunque, la struttura del processo, deve tendere fondamentalmente ad assicurare la certezza del rapporto, avuto riguardo alla circostanza per la quale nei rapporti in cui è presente la pubblica amministrazione, vi è un affidamento di giustizia naturalmente superiore a quello che può esservi in un processo paritario, dove una presunzione di legittimità non potrebbe sussistere²¹.

Il processo amministrativo, infatti, si caratterizza essenzialmente per una prima delibazione in punto di verità e di giustizia, che viene effettuata attraverso il procedimento che porta all'emanazione di quel determinato provvedimento; non a caso esso nasce, storicamente, come processo sulla legittimità dell'atto.

²¹ F. BENVENUTI, op. cit.

Al tempo stesso, il carattere autoritativo del provvedimento amministrativo, e cioè la sua capacità di incidere in via unilaterale e senza la necessità del consenso del destinatario sulla sfera giuridica di quest'ultimo²², spiega perché il processo amministrativo tenda fondamentalmente ad assicurare la certezza della posizione dell'amministrazione nei confronti del cittadino.

È stato rilevato, in tal senso, che il processo amministrativo, diversamente dal processo avente ad oggetto posizioni paritarie, può essere definito "processo da ricorso o requisitorio", diverso dal "processo di citazione o processo accusatorio".²³

La struttura del processo amministrativo, dunque, dipenderà non solo dal particolare oggetto che lo caratterizza ma altresì della funzione che esso è chiamato a compiere. Sembrerebbe ancora più spiccata in questo caso, la funzionalizzazione della giurisdizione verso un obbiettivizzazione della stessa, nei termini di cui sopra.

Chiaramente, nessuna generalizzazione può essere condotta in merito, essendo anche il processo amministrativo espressione di una tutela a carattere soggettivo; tuttavia le peculiarità dell'accertamento giudiziale cui esso tende, consentono di comprendere al meglio perché, nel corso degli ultimi anni, vi sia stata una tendenza (tutt'ora in corso) alla ricostruzione di alcune ipotesi processuali tipiche del processo amministrativo in termini di giurisdizione a carattere oggettivo; in questi casi l'accertamento giurisdizionale si plasma sull'esigenza del ripristino della legalità violata, indipendentemente dalla posizione giuridica soggettiva lesa (la qual cosa sarebbe inimmaginabile nei processi tra privati).

²²Sul punto, più diffusamente, vedi LIGUORI, "La funzione amministrativa", Ed, Scientifica, Napoli, 2013, 41

²³ NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976, 273, il quale ricostruisce il processo amministrativo come *vocatio iudicis* e non *vocatio in ius*. La prima forma caratterizzerebbe il processo ordinario di cognizione, in cui si tende a trascinare la controparte dinanzi al giudice per discutere dell'oggetto del giudizio, la seconda tende a costituire il giudice della domanda proposta nei confronti di un atto proveniente dalla controparte, ma senza che la controparte debba necessariamente essere presente in giudizio"; sul punto v. F. BENVENUTI, op. cit.

Emerge allora una considerazione di fondo: l'oggetto del processo amministrativo non pare essere unitario, ma muta non solo in conseguenza della giurisdizione amministrativa adita (di legittimità, esclusiva, di merito) ma anche in relazione al tipo di provvedimento amministrativo che viene in quel giudizio impugnato e alla tutela che quel determinato tipo di provvedimento richiede.

Per queste ragioni, si sono sviluppati “momenti processuali” nell'ambito della giurisdizione amministrativa, connotati da tratti peculiari che, come si vedrà, consentono di ravvisare forme di tutela e poteri in capo al g.a. molto vicini alle forme di giurisdizione oggettiva.

2. I PROCESSI A CONTENUTO SOGGETTIVO, ELEMENTI CARATTERIZZANTI. IN PARTICOLARE, PRINCIPIO DISPOSITIVO E GIUDIZIO AMMINISTRATIVO.

Il processo amministrativo, tradizionalmente, si configura come processo a carattere soggettivo, in conformità con quanto previsto dall'art. 24 comma 1 Cost.; esso, invero, è finalizzato alla tutela delle situazioni soggettive che il cittadino vanta nei confronti della Pubblica Amministrazione: in linea generale degli *interessi legittimi* ed in “particolari materie indicate dalla legge, anche di *diritti soggettivi*” (art. 103, comma 1, Cost.).

Il processo amministrativo, in altre parole, è volto alla tutela di una situazione giuridicamente protetta, in cui il soggetto che ne è titolare (o afferma di essere titolare) lamenta una lesione, chiedendo, quindi, all'organo giurisdizionale a ciò

deputato, la soddisfazione di tale diritto, non avendola potuta conseguire al di fuori del processo.

Ciò significa che il processo deve essere attivato dal soggetto che tale tutela richiede, attraverso l'esercizio dell'azione giurisdizionale; il processo amministrativo, dunque, al pari di quello civile, risponde al principio della domanda, espresso dagli artt. 99 e 112 c.p.c., i quali trovano riscontro, oltre che in virtù del rinvio esterno operato dall'art. 39 c.p.a., anche in relazione al disposto degli art. 41, co.1, e 34, co.1, c.p.a., a norma dei quali, rispettivamente *“le domande si introducono con ricorso”* ed il giudice adotta le pronunce previste dal codice *“nei limiti della domanda”*.

Se questo è senz'altro vero, non è mancato in dottrina chi ha osservato - giustamente (almeno in parte) a parer di chi scrive - che il processo amministrativo *“sia stato progressivamente ricostruito come processo di parti, muovendo però da un impianto (normativo e teorico) che mostrava i caratteri della giurisdizione oggettiva, nell'interesse della legalità delle decisioni autoritative”*²⁴.

I processi a carattere soggettivo seguono il modello del cd. *processo di parti*; queste ultime, infatti, hanno piena disponibilità dell'*iter* processuale, non solo nel senso che ne possono determinare l'inizio e la fine (si pensi al caso della rinuncia dell'azione) ma possono altresì influire, mediante la prospettazione reciproca delle tesi, nel cui contrasto si articola la controversia, l'allegazione dei fatti sui quali si fondano le predette tesi, ed infine mediante l'attività di prova dei fatti allegati.

Il processo amministrativo, salvo quanto si dirà in seguito, è dunque un processo a carattere dispositivo, principio nel passato espresso dalla regola

²⁴PERFETTI, *“L'istruzione nel processo amministrativo e il principio dispositivo”*, in Riv. Dir. Proc. 2015,1, 72

generale *iudex iuxta alligata et provata iudicare debet*, del quale oggi si assumono due diverse nozioni.

Si parla, infatti, di principio dispositivo in senso sostanziale con riferimento alla disponibilità dell'oggetto del processo. Ciò trova espressione, da un lato, nell'art. 2907 c.c. e nella previsione secondo cui la tutela giurisdizionale dei diritti è prestata «su domanda di parte e, quando la legge lo dispone, anche su istanza del pubblico ministero o d'ufficio» e, dall'altro lato, nell'art. 99 c.p.c., per il quale «chi vuol far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente».

In base a tale principio, è nella disponibilità del titolare del diritto sostanziale – tranne le ipotesi eccezionali della tutela giurisdizionale d'ufficio o su richiesta del pubblico ministero – di chiedere oppure non chiedere la tutela giurisdizionale del proprio diritto violato. In passato si è ritenuto che tale disponibilità fosse correlata con la disponibilità del diritto soggettivo sul piano sostanziale. Ma la successiva analisi ha portato a ricondurne il fondamento nell'esigenza di salvaguardare la terzietà e imparzialità del giudice. Diretta conseguenza di questo principio è la regola della corrispondenza fra chiesto e pronunciato (art. 112 c.p.c.), intesa nel senso che spetta a chi propone la domanda giudiziale di determinare anche, in modo vincolante per il giudice, l'ambito dell'oggetto del processo.

Per principio dispositivo in senso processuale s'intende, invece, il principio per cui, come regola generale, solo alle parti spetta l'indicazione dei mezzi di prova a sostegno dei fatti allegati in giudizio (art. 115, co. 1, c.p.c.). Ciò non esclude che, per particolari esigenze concrete, il legislatore attenui la portata di un simile principio, riconoscendo in capo al giudice più o meno ampi poteri istruttori ufficiosi (per es., art. 61, 117, 118, 213, 240, 241, 257, 281 *ter* e 421 c.p.c.).

2.1 *Segue.* IL PRINCIPIO DISPOSITIVO CON METODO ACQUISITIVO.

La struttura dell'istruttoria del processo amministrativo risulta fortemente condizionata dalla natura che ad esso viene attribuita: come già accennato, quelli per i quali il processo amministrativo deve essere interpretato come strumento per il ripristino della legalità violata e per coloro che ritengono che il processo amministrativo debba ristabilire la naturale disparità tra le parti che in esso agiscono, il principio dispositivo risulta caratterizzato da forti e penetranti poteri del g.a., che definiscono il cd. "*principio dispositivo con metodo acquisitivo*".

Ebbene, secondo tale impostazione, il principio dispositivo non sarebbe principio caratterizzante del processo amministrativo, in quanto prevarrebbe il momento acquisitivo nello svolgimento dell'istruttoria²⁵.

²⁵ Sul principio dispositivo con metodo acquisitivo, si veda tra gli altri, BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova 1953 (si veda anche Id., *L'istruzione del processo amministrativo*, in Enc. dir., XXIII, Milano 1973, 204); ancora, BERTONAZZI, *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Milano 2005; NIGRO, *Il giudice amministrativo "signore della prova"*, in Foro it. 1976, V, c. 9; SANDULLI A.M., *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato ed ai giudici sottordinati*, Napoli 1963, 234; VILLATA, *Riflessioni introduttive allo studio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, in Dir. proc. amm. 1990, 201 e ss.; Id., *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in Dir. proc. amm. 1995, 195 e ss.; MIGLIORINI, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova 1977; Id., *Istruzione (istruzione del processo amministrativo)*, in Enc. giur., Roma 1990, vol. XVIII; Id., *Bervi note sulla posizione del giudice e delle parti nel processo amministrativo*, in Scritti in onore di Giannini, I, Milano 1988, 451; COCA F.G., *Commento all'art. 63*, in Lopilato e Quaranta (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano 2011, 535; CORSO, *Istruttoria nel processo amministrativo*, in Enc. giur., Roma 2003, vol. XVIII; ABBAMONTE, *La prova nel processo amministrativo*, in Riv. amm. Rep. it. 1985, 679; GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, Milano 1994; Id., *L'istruttoria processuale*, in Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, 2^a ed., V, Milano 2003, 4391 ss.; VIRGA G., *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, Milano 1991; TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino 2010, 256 ss.; POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione avanti il giudice amministrativo*, vol. II, Milano 2001; Id., *Istruzione preventiva e processo amministrativo: riflessioni a margine di una recente pronuncia*, in Dir. proc. amm. 1998, 629; ; SAITTA F., *I nova nell'appello amministrativo*, Milano 2010, 289 ss.; Degli Esposti, *Appunti sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in Dir. proc. amm. 1991, 276; PERFETTI, *Sull'istruttoria nel processo amministrativo oltre il "metodo acquisitivo"*. Osservazioni sulla relazione tra art. 64 c.p.a. ed art. 213 c.p.c., in Scritti in memoria di Roberto Marrama, Napoli 2012, 739; Id., *Prova (processo amministrativo)*, in Enc. dir. Annali, II, 2, Milano 2009, 917.

Si tratterebbe di una peculiare caratteristica del processo amministrativo che ne connota la sua natura tendenzialmente “oggettiva”, tanto da far ritenere che lo stesso si discosti totalmente dalle regole dei processi a carattere soggettivo, sulla base delle quali sarebbe stato originariamente concepito.

In questo scenario, il giudice amministrativo, secondo una delle più autorevoli definizioni della dottrina, sarebbe “*signore della prova*”²⁶, nel senso che gli sarebbe concesso il naturale potere di alterare il gioco delle parti alla ricerca della soluzione individuata come giusta nel rapporto sostanziale.

A parere di chi scrive, per quanto non possano essere trascurate le differenze di palmare evidenza che intercorrono tra il processo amministrativo, per natura improntato ad una disparità sostanziale delle parti, ed il processo ordinario, non si può arrivare fino al punto di negare cittadinanza al principio dispositivo e alla concezione del processo amministrativo come processo a carattere soggettivo, così come previsto dagli artt. 24.e 103 Cost..

Occorrerà, dunque, contestualizzare i poteri del g.a. che caratterizzano l’istruttoria processuale, al fine di renderli compatibili con un processo che, al di là delle singole ipotesi che si discostano dal paradigma tradizionale del processo di parte, rimane pur sempre ancorato alla soggettività della giurisdizione.

In altre parole, una volta che si sia ammesso che il processo amministrativo è processo di parti - come parrebbe dimostrato dalle norme della Costituzione e del c.p.a. che disciplinano l’istruttoria amministrativa - occorrerà fornire un

²⁶ Sul punto cfn., NIGRO, *Il giudice amministrativo “signore della prova”*, in Foro it. 1976, V, c. 9

inquadramento dei problemi che sia compatibile con questi tratti, invece di farne “*elementi potenzialmente sovversivi*”.²⁷

Alcune considerazioni preliminari sono d’obbligo: nel processo amministrativo i fatti introdotti nel processo tramite le prove allegate dalle parti, infatti, sono state già oggetto di un preventivo accertamento da parte della p.a..

La realtà di un fatto, in altre parole, è stata già oggetto di ricognizione da parte di una delle parti del giudizio, sicchè la sua ricostruzione, diviene essa stessa oggetto del giudizio; divengono così oggetto del processo, non tanto i fatti allegati dalle parti, quanto piuttosto questi ultimi così come rappresentati dalle parti (in particolare dalla p.a.).

Tale circostanza, tuttavia, non smentisce la vigenza del principio dispositivo, ma al più ne caratterizza un peculiare modo di atteggiarsi.

Nel giudizio, verranno altresì acquisiti elementi di fatto che costituiscono il presupposto del provvedimento oggetto di contestazione: l’art. 46 c.p.a. prevede che “*la pubblica amministrazione deve produrre il provvedimento eventualmente impugnato, nonché gli atti e i documenti in base ai quali l’atto è stato emanato, quelli in esso citati e quelli che l’amministrazione ritiene utili al giudizio*”. Tuttavia, neanche in tale occasione il principio dispositivo risulterà svilito: innanzitutto perché le circostanze cui fa riferimento la norma sono comunque introdotte nel giudizio da una delle parti; in secondo luogo perché tale norma si spiega più che come deroga al principio dispositivo, come strumento mediante il quale sopperire al naturale

²⁷PERFETTI L., “*L’istruzione nel processo amministrativo e il principio dispositivo*”, Riv. Dir. Proc., 2015,1,72

sbilanciamento del processo amministrativo a favore della p.a., quanto meno sotto il profilo dell'onere probatorio e del principio “della vicinanza della prova”²⁸.

Come è stato osservato²⁹, la concezione del processo amministrativo in un senso piuttosto che nell'altro, è influenzata da una serie di fattori culturali che pregiudicano l'oggettività del pensiero; si deve avere riguardo, in particolare, al ruolo della pubblica amministrazione nel sistema, al fine perseguito, ovvero il pubblico interesse, ed alle fisiologiche diversità che intercorrono rispetto al processo civile. Tali valutazioni, tuttavia, non devono portare l'interprete a stravolgere la struttura del processo amministrativo fino a concepirlo come un campo libero al cui interno si muove il g.a. e ai cui margini si trovano relegate le parti. Non risulterà in contrasto con quanto si tenterà di spiegare in seguito relativamente ai mutamenti che hanno caratterizzato nel corso degli ultimi anni la giurisdizione amministrativa, la valutazione di fondo che riconosce nel processo amministrativo, come nelle altre forme processuali, i tratti propri della giurisdizione a contenuto soggettivo: nessun giudice, infatti, potrà dirsi terzo ed imparziale se contribuisce esso stesso a qualificare i fatti controversi e a definire il perimetro della domanda. Inoltre, è lo stesso articolo 24 della Cost. a qualificare il processo quale strumento “*per la tutela*

²⁸In tale ultimo senso vedi *ex plurimis* C.d.S., Sez.V, 7 giugno 2016, n.2441, secondo cui “*La disciplina contenuta nel c.p.a. conferma la caratteristica già riconosciuta in capo alla giurisdizione di legittimità della operatività del principio dispositivo con metodo acquisitivo gravante sul ricorrente, stante la necessità del bilanciamento della disparità sostanziale e processuale tra ricorrente ed Amministrazione. In quest'ottica vanno letti sia l'art. 46 comma 2 c.p.a.: "L'amministrazione, nel termine di cui al comma 1, deve produrre l'eventuale provvedimento impugnato, nonché gli atti e i documenti in base ai quali l'atto è stato emanato, quelli in esso citati e quelli che l'amministrazione ritiene utili al giudizio", che l'art. 63, comma 1, c.p.a.: "Fermo restando l'onere della prova a loro carico, il giudice può chiedere alle parti anche d'ufficio chiarimenti o documenti". Rispetto alla suddetta disciplina il principio di vicinanza della prova opera anche nel giudizio amministrativo (ex plurimis, Cons. St., Sez. III, 16 luglio 2013, n. 3875), nel senso che la parte che afferma l'esistenza di una posizione giuridica, o che la nega, è onerata di produrre in giudizio tutti gli elementi probatori che ricadono nella sua diretta disponibilità.*”

²⁹PERFETTI, “*L'istruzione nel processo amministrativo e il principio dispositivo*”, op.cit.

di diritto soggettivi ed interessi legittimi” riferibili solo ed esclusivamente alle parti e non ad uno scopo di giustizia oggettiva.

Vero è, e questo non deve essere sottovalutato, che nel processo amministrativo il principio dispositivo non trova attuazione nella sua pienezza; come sostenuto da una parte della dottrina, addirittura, *“il metodo è rimasto quello acquisitivo anche se si è accentuato il metodo dispositivo”*³⁰.

Si può allora ritenere, senza dubbio alcuno, che in una struttura fondata e retta dal principio dispositivo, trovano spazio momenti in cui è il g.a. a manovrare le fila del processo, invadendo quelle che tradizionalmente erano sfere di azione riservate al dominio esclusivo delle parti.

Venendo al merito della disciplina, l’art. 64 c.p.a. prevede che *“spetta alle parti l’onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni”*; in mancanza, ai sensi del comma III, *“il giudice amministrativo può disporre anche d’ufficio, l’acquisizione di informazioni utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione”*.

Mette conto evidenziare, in via preliminare, la portata della norma; essa ha riguardo al potere di acquisizione del g.a. solo con riferimento alle *“informazioni e ai documenti”* che sono *“utili ai fini del decidere”*, con ciò implicitamente escludendo la possibilità per il giudice di introdurre elementi di prova che non riguardano i fatti contestati dalle parti. Posto infatti che il *thema decidendum* è definito dalle domande delle parti, non potranno mai ritenersi utili ai fini del decidere circostanze estranee alla *causa petendi*.

³⁰CARINGELLA -PROTO, *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, 2010, 621

In secondo luogo pare opportuno specificare che, secondo alcuni³¹, per “pubblica amministrazione” cui il legislatore fa riferimento nella norma, si deve intendere non quella che riveste la posizione di parte processuale, bensì l’ente pubblico nel suo complesso, che ben può essere estraneo al rapporto processuale. Tale osservazione consentirebbe di ridimensionare ancora una volta la portata del metodo acquisitivo, in quanto se il legislatore avesse avuto riguardo esclusivamente alla p.a. in qualità di parte processuale, ne sarebbe derivata una forte compressione del principio dispositivo, mentre, dovendosi intendere la norma nel senso prima illustrato, ne risulterà che i poteri officiosi del giudice si rivolgono non tanto alle parti del rapporto processuale quanto piuttosto verso lo Stato, come soggetto indipendente dalle parti.³²

L’art. 64 c.p.a., è stato oggetto di molteplici interpretazioni da parte della giurisprudenza; secondo un primo orientamento, per quanto attiene al rapporto fra il dovere delle parti di fornire gli elementi di prova nella loro disponibilità ed il potere del giudice di acquisire gli elementi utili alla decisione, *ex art. 64 comma 1 e 3, “il potere istruttorio del giudice ha un’ampiezza maggiore ben potendo portare*

³¹PERFETTI, *L’istruzione nel processo amministrativo e il principio dispositivo*, op.cit.

³²Tale interpretazione, a parer di chi scrive, appare leggermente forzata; infatti, per quanto la norma si riferisca non solo alla p.a. in veste di parte processuale ma anche alla pubblica amministrazione come ente, non si può trascurare la circostanza secondo cui il giudice prevedendo l’acquisizione *ex officio* di documenti ed informazioni eserciti un potere che incide anche nell’ambito del rapporto processuale rispetto al quale si trova a giudicare.

D’altra parte, secondo questa impostazione, sostenuta da PERFETTI in “*L’istruzione nel processo amministrativo e il principio dispositivo*”, parrebbe opportuno chiedersi se sia ancora attuale parlare dell’esistenza di un metodo acquisitivo nel processo amministrativo, e cioè se non sia possibile legittimare i poteri acquisitivi sulla base della effettiva disponibilità (o meglio, indisponibilità) della prova del fatto dedotto. A sostegno di quanto appena detto soccorrerebbe la giurisprudenza di legittimità, in base alla quale “*la distribuzione dell’onere della prova deve tenere conto (...) anche del principio della riferibilità o vicinanza o disponibilità dei mezzi di prova, perché la copertura costituzionale di cui gode il diritto di agire in giudizio a tutela delle proprie posizioni giuridiche soggettive, impone di non interpretare la legge in modo da renderne impossibile o troppo difficile l’esercizio*”(Cass., sez. III, 11 maggio 2009, n.10744). In altre parole, un’interpretazione costituzionalmente orientata dei principi in ordine all’onere della prova, impone di ritenere che spetti solo ed esclusivamente alla parte introdurre in giudizio i fatti e provare l’esistenza degli stessi, salvo che non sia materialmente impedita a farlo sicché sarà il giudice ad acquisirlo.

all'acquisizione degli elementi anche solamente utili al giudizio, con un apprezzamento rimesso alla sua prudenza, una volta che la parte abbia adempiuto al suo onere di allegazione³³”. Risulta tuttavia sicuramente più rispettoso dei principi suesposti quell'orientamento secondo cui “ il processo amministrativo, pur se sono previsti alcuni poteri di acquisizione officiosa delle prove da parte del giudice , è fondato sul principio dispositivo dell'onere della prova, di talchè spetta a chi agisce in giudizio indicare e provare i fatti, ogni volta che non ricorra quella disuguaglianza di posizioni tra amministrazione e privato, che giustifica l'applicazione del principio dispositivo con metodo acquisitivo. Tale principio, peraltro, non può mai ridursi ad un' assoluta e generale inversione dell'onere della prova e comunque non consente al giudice di sostituirsi alla parte onerata quando la ricorrente non si trovi nell'impossibilità di provare il fatto posto alla base della sua azione. Simili argomentazioni hanno trovato, peraltro, definitiva consacrazione nel c.p.a. che all'art. 64 dispone che spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni e che i poteri officiosi riguardano solo i documenti e le informazioni utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione³⁴”.

A completamento del quadro, occorre rammentare un'altra disposizione prevista dal c.p.a. che sembra - almeno apparentemente - incidere sul principio dispositivo; si deve avere riguardo, in particolare, all'art. 65, il quale prevede il potere del giudice di ordinare all'amministrazione l'esibizione del provvedimento impugnato e di quelli ad esso collegati laddove l'ente venga meno al dovere di

³³Cons. St., IV sez., 15 marzo 2012, n. 1453

³⁴T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 6 febbraio 2014, n.791

depositarli. Tale norma, a ben vedere, si inserisce nella piena vigenza del principio dispositivo, in quanto il potere officioso del g.a. interviene nei limiti della domanda e solo quando la produzione del documento sia intervenuta da parte di quest'ultimo per via dell'indisponibilità dell'atto in capo a chi agisca in giudizio.

Tale norma, in altre parole, non costituisce uno strumento mediante il quale il giudice introduce circostanze non dedotte direttamente dalle parti nel processo, ma incide unicamente sull'onere della prova. Parrebbe quindi che *“i poteri acquisitivi del giudice amministrativo si fondano solo ed esclusivamente nella indisponibilità della prova in capo a chi le deve presentare ovvero nel dovere di collaborazione dell'amministrazione come ente (e non come parte), sicchè si tratta di poteri di acquisizione del tutto analoghi a quelli del giudice civile”*³⁵.

3. LE CONDIZIONI DELL'AZIONE: POSSIBILITÀ GIURIDICA, INTERESSE AD AGIRE E LEGITTIMAZIONE AD AGIRE. NOZIONI GENERALI.

In via generale, i processi a contenuto soggettivo, sono caratterizzati oltre che dalla vigenza del principio dispositivo (con le precisazioni di cui sopra per quanto riguarda il processo amministrativo), anche dalla sussistenza di ulteriori elementi intrinseci che qualificano l'azione e quindi la domanda. L'art. 24 comma 1 della Costituzione, infatti, prevede che *“tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti o interessi legittimi”*, tuttavia, perché la domanda possa assolvere alla sua fondamentale funzione di introdurre un processo, indipendentemente dalla sua

³⁵PERFETTI, “L'istruzione nel processo amministrativo e il principio dispositivo”, op.cit

attitudine a pervenire ad una pronuncia di merito, è necessario che essa possa obiettivamente considerarsi tale³⁶.

Si deve avere riguardo, in altre parole, alle *cd. condizioni dell'azione*, identificate tradizionalmente nella *possibilità giuridica*, nella *legittimazione ad agire* e nell'*interesse ad agire*.

La *possibilità giuridica*, indica l'esistenza di una norma che contempli in astratto il diritto che si vuole far valere; tale condizione, tuttavia, costituisce una condizione -limite, sicché assume portata prevalentemente teorica. Per potersi parlare di domanda nel senso cui prima si accennava, sarà necessario, oltre l'affermazione dell'accadimento di un fatto concreto previsto da una norma astratta, anche la dimostrazione che quel diritto, in quanto violato, abbia bisogno di tutela. Questi ultimi elementi, sono espressi dalla seconda delle condizioni dell'azione, ovvero, dal *cd. interesse ad agire*.

Ai sensi dell'art. 100 c.p.c. "*per proporre una domanda o per contraddire alla stessa, è necessario avervi interesse*"; l'interesse cui fa riferimento la norma deve essere interpretato come bisogno di tutela giurisdizionale, derivante dalla violazione o dalla lesione del diritto vantato. L'interesse ad agire sta dunque nell'affermazione (allegazione), contenuta nella domanda, dei fatti costitutivi e dei fatti lesivi di un diritto.

La terza condizione dell'azione è costituita dalla legittimazione ad agire. Quest'ultima assume un rilievo chiave per la presente indagine, in quanto come si vedrà, tale presupposto è andato sempre più attenuandosi in favore della configurazione di un processo amministrativo connotato da forti caratteri oggettivi.

³⁶MANDRIOLI - CARRATTA, "*Diritto processuale civile*", Vol. I, Giappichelli Ed., XXIV, Torino, p...

Astrattamente, la legittimazione ad agire presuppone che la domanda non sia accoglibile, neppure ipoteticamente, se il diritto affermato nella domanda stessa non è affermato come diritto di colui che propone la domanda e contro colui nei cui confronti si propone la domanda. È infatti opinione diffusa che la legittimazione, di cui la legittimazione ad agire, costituisca una specificazione applicata dell'azione giudiziale.

Se mancasse questa duplice coincidenza – dal lato attivo, come coincidenza tra chi propone la domanda e colui che nella domanda stessa è affermato titolare del diritto, e dal lato passivo, come coincidenza tra colui contro il quale la domanda è proposta e colui che nella domanda è affermato come titolare passivo del diritto – il diritto fatto valere non apparterrebbe a colui che agisce.

La legittimazione, dunque, “*costituisce il crisma stesso della giuridicità dell'atto, il carattere tipico ed essenziale degli atti che costituiscono esercizio di un diritto*”³⁷; essa può assumere contenuto diverso a seconda che si intenda l'azione come diritto processuale autonomo al provvedimento favorevole ovvero come diritto al provvedimento di merito.

In buona sostanza, il dubbio di fondo in cui è incorsa la dottrina nel corso degli anni può essere emblematicamente riassunto in una frase che così recita: “*titolarità del diritto conteso è, o almeno può essere, una frase equivoca: vuol dire che ad una persona (alla persona che agisce) il diritto spetta o può spettare? Implica, in altre parole, la possibilità del diritto o la sua esistenza?*”.

Secondo un primo orientamento, ormai recessivo, l'azione non ha autonomia rispetto al diritto sostanziale ed esiste solo come concreta postulazione di giudizio

³⁷TOMEI, *Legittimazione ad agire*, in *Enc. del diritto*, XXIV, 1974, 65

favorevole, non come diritto preesistente al processo del quale il giudice debba accertare l'esistenza; nel secondo caso, invece, l'azione viene concepita come diritto coordinato ad una ragione affermata e non fondata dove, tuttavia, il difetto dei requisiti dell'azione conduce pur sempre ad un giudizio negativo di merito³⁸.

In altre parole, si potranno fa valere solo quei diritti che si affermano come diritti propri e la cui titolarità passiva si afferma in capo a colui contro il quale si propone la domanda³⁹.

La necessità che il processo sia costituito tra i soggetti del rapporto affermato, viene espressa, seppur in modo rovesciato, dall'art. 81 c.p.c. secondo cui *“fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui”*. In tali ultimi casi, si parla di legittimazione straordinaria o sostituzione processuale; si tratta di ipotesi nelle quali il legislatore, per ragioni di opportunità politico-legislativa, consente in ipotesi eccezionali e tassativamente previste, l'esercizio in proprio di un diritto altrui.

L'accertamento circa la sussistenza o meno della legittimazione ad agire in capo ad un soggetto conduce ad importanti conseguenze processuali: l'assenza di legittimazione attiva preclude al ricorrente di esercitare l'azione e, ovviamente, di ripeterla, incidendo così sulla pretesa sostanziale in quanto non potrà ottenere una pronuncia sul merito. In questo senso dunque, la legittimazione ad agire è condizione

³⁸BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, 71 ss.

³⁹Solo recentemente la giurisprudenza della Corte di Cassazione, ha recepito la suddetta nozione di legittimazione ad agire; in precedenza, la legittimazione ad agire, era infatti ricondotta senz'altro al diritto sostanziale. Tale orientamento giurisprudenziale, non manca di precisare le conseguenze pratiche della suddetta interpretazione della legittimazione ad agire; in tal caso, quando la questione investe la titolarità effettiva (e non solo l'affermazione di tale titolarità), è già questione di merito e come tale soggetta alle relative preclusioni, mentre l'autentica questione di legittimazione, può essere rilevata d'ufficio in ogni stato e grado del processo; cfr. Cass. 22 febbraio 2012, n.2672

dell'azione e non presupposto processuale: il difetto di essa, infatti, pur non riguardando il merito della controversia, impedisce la riproposizione della domanda.

Diverse le conseguenze per il caso di difetto di legittimazione a contraddire; in questo caso, il ricorrente ha mal individuato il resistente o il contro interessato, per cui è possibile che il soggetto che assuma di aver subito la lesione ripeta la domanda nei confronti del legittimato passivo.

Tanto premesso, se da una parte l'individuazione del legittimato ad agire non incontra difficoltà quando si sia in presenza di un interesse individuale e differenziato, dall'altra maggiori perplessità ricorrano qualora vengano in rilievo quegli interessi che trascendono la sfera dei singoli e che possono o trovare aggregazione in un *ente esponenziale* (pubblico) o essere *diffusi tra i soggetti*, appartenendo a tutti indistintamente; in tali ultime ipotesi si deve avere riguardo agli interessi collettivi e agli interessi diffusi.

3.1 *Segue.* INTERESSI COLLETTIVI ED INTERESSI DIFFUSI: IL PROBLEMA DELLA LEGITTIMAZIONE AD AGIRE.

Interessi collettivi ed interessi diffusi costituiscono specificazione del più ampio *genus* degli interessi meta-individuali, caratterizzati dalla comunanza di un interesse a più soggetti e dalla necessità che tale interesse “comune” si soggettivizzi in capo ad un determinato portatore affinché lo stesso possa trovare tutela.

L'esigenza di rapportare tali interessi ad una posizione individuale si spiega mediante una duplice ragione: da una parte infatti, risulterebbe difficile concepire la possibilità che il singolo possa farsi portavoce di interessi che sono propri anche di

altri individui, agendo in giudizio - per loro conto – invocandone la tutela, dall'altra, ragioni di diritto processuale (ovvero la tradizionale concezione del processo amministrativo in termini di processo di giurisdizione soggettiva) impongono, o quantomeno imponevano, di calibrare il processo su situazioni soggettive di tipo individuale, con esclusione di quegli altri interessi che sono riferibili a un gruppo indeterminato di individui.⁴⁰

L'interesse collettivo abbraccia due ordini di ipotesi.

In primo luogo, può consistere in un interesse che è proprio di un'organizzazione in quanto tale: si ha riguardo a soggetti pubblici o collettivi che agiscono a tutela dell'interesse generale (pubblico o collettivo) di cui essi sono portatori. Si tratta, in buona sostanza, di una normale situazione giuridica appartenente a un soggetto collettivo.

In secondo luogo (e qui trova la propria specificità), può trattarsi di un interesse che riguarda in modo omogeneo tutti i membri di un gruppo o categoria ma che è tutelabile (in assoluto o mediante particolari procedure) solo attraverso la mediazione di un soggetto collettivo⁴¹.

Sebbene, quindi, l'interesse collettivo in senso proprio si presenti come interesse «di ciascuno e di tutti»⁴², la dimensione individuale dell'interesse viene oscurata per il fatto che il diritto di azione è riservato al soggetto organizzato.

La legittimazione ad agire riconosciuta ad enti ed associazioni rappresentative di categorie, sindacati, ordini professionali, è da ritenere di tipo “soggettivo” in quanto equiparabile alla legittimazione dei singoli che agiscono a tutela dei propri

⁴⁰FERRARA, *Interessi collettivi e diffusi*, in *Dig. pub.*, VIII, Torino, 1993, 482

⁴¹CARAVITA, *Interessi diffusi e collettivi*, in *Dir. soc.*, 1982, 187

⁴²PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, Milano, XII, 1964, 696

diritti individuali, con l'unica differenza che in questi casi tali diritti spettano ad una collettività di individui.

Gli interessi collettivi, dunque, dal punto di vista della legittimazione processuale non destano particolari problemi in quanto, seppur rappresentativi di plurime posizioni soggettive, risultano individuati *ex lege* in capo ad un unico esponente.

Più complessa l'elaborazione relativa agli interessi diffusi.

Tradizionalmente definiti come “interessi allo stato fluido e magmatico”⁴³, gli interessi diffusi sono interessi a-despota in quanto caratterizzati dal perseguimento di un bene della vita facente capo non ad un soggetto predeterminato, ma ad una collettività indifferenziata.

Gli interessi diffusi, infatti, sono sì interessi giuridicamente rilevanti, ma non personalizzati, trovandosi ogni individuo rispetto ad esso, nelle stesse condizioni degli altri individui appartenenti alla medesima collettività.

La naturale conseguenza dell'impersonalità di tali interessi è, o per lo meno dovrebbe essere, l'impossibilità di attivare una tutela giurisdizionale in assenza di un soggetto che sia munito della legittimazione ad agire di cui all'art. 100 c.p.c.. Infatti, come abbondantemente notato in precedenza, la presenza dell'interesse pubblico nel processo amministrativo non basta, almeno di regola, ad attivare la tutela giurisdizionale per il sol fatto che un determinato interesse si pretenda leso dall'adozione di un atto illegittimo da parte della P.A.

Tuttavia, apparirebbe un paradosso, nonché un evidente contrasto con l'art. 24 della Costituzione, l'impossibilità di attivare una tutela giurisdizionale per la

⁴³VIGORITI V., “*Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*”, Milano, Giuffrè 1979, cit.39

lesione di tali diritti che coincidono - nella maggior parte dei casi - con interessi particolarmente sentiti a livello sociale e costituzionale, come ad esempio, la salute e l'ambiente e che quindi fanno capo a tutti gli individui.

D'altra parte la peculiare condizione che vivono gli interessi diffusi rispetto agli interessi legittimi non può essere superata nemmeno dall'introduzione dell'art. 9 L.7 agosto 1990 n.241, che attribuisce la facoltà di intervento nel procedimento amministrativo ai "portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento". Risulta di intuitiva evidenza, infatti, che la partecipazione procedimentale non richiede tutti quei requisiti che il giudice deve vagliare per considerare validamente instaurato un processo, sicché il riconoscimento di una forma di partecipazione all'interno dei procedimenti amministrativi - luoghi di ponderazione e bilanciamento degli interesse per eccellenza - non implica per ciò solo, ed in via automatica, il riconoscimento di una tutela giurisdizionale degli stessi.

E' per questo che, a partire dagli anni '70, dottrina e giurisprudenza si sono adoperate per superare un'accezione puramente personalistica del processo al fine di ricercare modelli processuali idonei a consentire la protezione dell'interesse cd. diffuso⁴⁴.

L'interesse diffuso, tuttavia, continua a non poter essere tutelato come tale, sicché la sua protezione si realizza mediante una tutela "mediata", ovvero come conseguenza della protezione di altre posizioni soggettive, tutelabili perché aventi la consistenza di diritto soggettivo, di interesse legittimo o di interesse collettivo⁴⁵.

⁴⁴CASSESE, *Gli interessi diffusi e la loro tutela*, in *La tutela degli interessi collettivi e diffusi*, a cura di LANFRANCHI, Torino, 2003, 569.

⁴⁵DURANTE, *La tutela giurisdizionale degli interessi diffusi, Lectio magistralis*, Università della Calabria, Cosenza, 29 aprile 2015

Un caso emblematico è senza dubbio costituito dal diritto alla salute, previsto e garantito dall'art. 32 *Cost.*; allo stato il diritto alla salute è tutelato non solo come interesse della collettività, ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell'individuo, sicché si configura come un diritto primario ed assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati⁴⁶.

Il bene della salute, pertanto, non si identifica solo in una dimensione diffusa ma «rappresenta uno, ed anzi il primo, dei diritti fondamentali», che il singolo può far valere incondizionatamente «anche nei confronti dell'autorità pubblica, cui è negato in tal modo il potere di disporre di esso»⁴⁷.

La protezione accordata alla salute della persona si estende, poi, «alla vita associata dell'uomo, nei luoghi delle varie aggregazioni nelle quali questa si articola e, in ragione della sua effettività, alla preservazione, in quei luoghi, delle condizioni indispensabili o anche soltanto propizie alla sua salute».

In questo modo, il diritto alla salute assume «un contenuto di socialità e di sicurezza, per cui, piuttosto (o oltre) che come mero diritto alla vita e all'incolumità fisica, si configura come diritto all'ambiente salubre»⁴⁸, la cui tutela è affidata al giudice ordinario, quale giudice naturale dei diritti.

Altre volte, agli interessi diffusi è stata attribuita la veste di interessi legittimi, con conseguente attribuzione alla giurisdizione amministrativa delle relative controversie.

Ciò è avvenuto mediate la valorizzazione di un elemento specifico, consistente il più delle volte, nell'essere il ricorrente titolare di un bene radicato nel luogo interessato dall'attività amministrativa (c.d. criterio della *vicinitas*); in altri casi

⁴⁶ Corte Cost., 26 luglio 1979, n. 88

⁴⁷ Corte Cost., 26 luglio 1979, n. 88

⁴⁸ Cass Civ., Sez.Un., 6 dicembre 1979, n. 5172

la giurisprudenza ha richiesto anche l'allegazione di un danno concreto che possa conseguire dall'esecuzione dell'atto amministrativo impugnato⁴⁹.

Nella maggior parte dei casi, tuttavia, il principale strumento mediante il quale è stato possibile riconoscere una forma di tutela agli interessi diffusi è stato quello di garantire la istituzionalizzazione di tali interessi mediante l'affidamento degli stessi a figure soggettive dotate di personalità giuridica e capacità processuale.

A tale esigenza ha dato risposta, nel corso della metà degli anni 70, la giurisprudenza amministrativa in materia di legittimazione ad agire delle associazioni ambientali.

La principale difficoltà era caratterizzata dalla circostanza di rinvenire un sufficiente grado di rappresentatività e di legittimazione al fine tutelare interessi generali da parte di un ente collettivo.

In particolare, si poneva l'esigenza di trovare dei criteri di collegamento tra l'interesse ambientale e il soggetto che se ne faceva portatore in giudizio⁵⁰.

Un primo criterio fu rinvenuto nella valorizzazione dei fini statuari dell'ente collettivo; tale criterio fu quello utilizzato dai giudici amministrativi per riconoscere la richiesta legittimazione all'Associazione "Italia Nostra"⁵¹.

Tale criterio tuttavia, si rivelò ben presto insufficiente e soprattutto troppo astratto; per tali ragioni, se in un primo momento la giurisprudenza si orientò nel senso di verificare caso per caso l'effettiva rappresentatività dell'ente,

⁴⁹Cfn. Cons. Stato, Sez. V, 27 aprile 2012 n. 2460, a mente del quale «la mera vicinanza di un fondo ad una discarica non legittima per ciò solo ed automaticamente il proprietario frontista ad insorgere avverso il provvedimento autorizzativo dell'opera, essendo necessaria, al riguardo, anche la prova del danno che da questa possa ricevere».

⁵⁰POLICE A., *Il giudice amministrativo e l'ambiente: giurisdizione oggettiva o soggettiva?* in *Ambiente Attività amministrativa e Codificazione. Atti del primo colloquio di diritto dell'ambiente –Teramo 29-30 aprile 2005*, a cura di Diego De Carolis, Erminio Ferrari, Astride Police, Milano, Giuffrè, 2006, p. 297 ss.

⁵¹ Il riferimento è alla nota decisione del Consiglio di Stato, Sez. V, 9 marzo 1973 n.253

successivamente ha proceduto a legare la rappresentatività alla localizzazione in un determinato ambito territoriale degli interessi di alcuni soggetti.

Tale criterio, trovò poi conferma in una celebre pronuncia dell' Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sempre in riferimento al caso "Italia Nostra", secondo cui il criterio di legittimazione di tali associazioni ed enti poteva essere quello *"dell'insediamento, non occasionale né precario, del soggetto in un determinato ambito territoriale"*.⁵²

4. DALLA GIURISDIZIONE ESCLUSIVA AD UN MODELLO DI GIURISDIZIONE

"DIFFERENZIATO": LE NUOVE TENDENZE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO.

Il fenomeno del progressivo scardinamento della legittimazione ad agire nel processo amministrativo si caratterizza per aspetti in parte differenti da quelli tipici del processo di cognizione civile.

Come è stato precedentemente osservato, il processo amministrativo è connotato da un'elevata funzionalizzazione dell'attività giurisdizionale nell'ottica del perseguimento e dell'attuazione del *fine pubblico*, sicché tale ultimo rilievo, ha condotto alcuni a parlare di processo di matrice oggettiva. Per quanto una simile estremizzazione non sia corretta dal punto di vista dogmatico secondo le osservazioni precedentemente svolte, è innegabile che il processo amministrativo abbia assunto,

⁵² Cnf. Cons. St. Adunanza Plenaria, 19 novembre 1979, n.24. Oggi tale criterio può dirsi istituzionalizzato mediante la L. 349/1986 istitutiva del Ministero dell' Ambiente, secondo cui: " le Associazioni di protezione ambientale a carattere nazionale e quelle presenti in almeno cinque regioni sono individuate con decreto del Ministero dell' Ambiente sulla base delle finalità programmatiche e dell'ordinamento interno democratico previsto dalla statuto, nonché dalla continuità dell'azione e della sua rilevanza esterna" (art.13 comma 1), tali Associazioni possono "ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento degli atti illegittimi" (art.18, comma 5), oltre che intervenire nei giudizi civili per danno ambientale.

soprattutto nel corso degli ultimi anni ed in virtù dell'influenza del diritto europeo nel nostro ordinamento, sfumature di carattere oggettivo. Ciò si è manifestato sotto un duplice punto di vista: sia come depotenziamento della nozione di legittimazione ad agire, nel senso che, a fronte della violazione di determinati interessi e beni giuridici, possono ricorrere soggetti legittimati *ex lege*, diversi dai titolari dei predetti diritti, sia come ampliamento dei poteri officiosi del giudice, in grado di plasmare il processo nell'ottica della massima soddisfazione del pubblico fine.

Ebbene, gli aspetti di rottura rispetto al passato hanno indotto qualcuno ad avanzare la tesi – non del tutto peregrina – secondo cui la giurisdizione esclusiva avrebbe esaurito “la sua missione storica”⁵³.

Tale forma giurisdizionale, nasceva per far fronte a tutte quelle ipotesi in cui vi fosse “un nodo gordiano”⁵⁴ tra diritti soggettivi ed interessi legittimi all'interno del diritto pubblico, ovvero secondo altri “a quelle situazioni di inestricabile intreccio tra diritto pubblico e diritto privato”⁵⁵.

Nel corso degli anni, tuttavia, essa si è andata configurando come modello del tutto diverso da quello originario della giurisdizione amministrativa, consentendo poi l'ammissione di ulteriori azioni esperibili, nonché di diversi strumenti probatori; in altre parole, essa si è venuta declinando come giudizio di piena giurisdizione.⁵⁶

Sicché, recentemente, i caratteri propri della giurisdizione esclusiva non sembrano più tali da differenziarla da quella generale di legittimità; tale scelta,

⁵³ ROMANO TASSONE A., *La giurisdizione esclusiva tra glorioso passato ed incerto futuro*, in AA.VV., il nuovo processo amministrativo. Atti del Convegno di Lecce del 12-13 novembre, 2010, 109

⁵⁴ Sul punto v. Corte Cost. 6 luglio 2004 n. 204

⁵⁵ MAZZAMUTO M., *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli 2008, 90

⁵⁶ Come ricorda Benvenuti, *Giustizia amministrativa*, in Enc. dir., XIX, Milano 1970, 609, infatti, “il legislatore del 1923 che ha appunto introdotto la giurisdizione esclusiva, non ha però fornito questa nuova e tendenzialmente piena cognizione di tipo processuale che le fosse adatta”

d'altra parte sembra confermata altresì dal legislatore il quale, all'interno del codice del processo amministrativo, non sembra distinguere tra i mezzi di tutela di in relazione alle tipologie di giurisdizione: sembrerebbe dunque, di essere in presenza di una tendenza tesa alla sostanziale uniformazione dei modelli di giurisdizione⁵⁷. Non sembra un caso, allora, che al fine di garantire una maggiore effettività della tutela non si invochi più un'estensione della giurisdizione esclusiva o di quella di merito ma, invece, si ricerchi l'effettività della tutela attraverso il potenziamento e la valorizzazione degli strumenti propri della giurisdizione di legittimità.

Tale fenomeno, tuttavia, può essere letto anche in un'ottica differente: se da un lato le forme giurisdizionali sembrano assimilarsi, dall'altro la diversificazione delle stesse si ripropone mediante la creazione di modelli processuali, che derogando al modello processuale ordinario (e che al tempo stesso sono espressione dello stesso), offrono una maggiore garanzia di determinati interessi generali, rispetto a quello che potrebbe offrire il modello processuale fondato sulle parti.⁵⁸

I modelli cui si intende fare riferimento in questa sede, e che verranno successivamente approfonditi, possono avere fondamentalmente due fonti: legislativa, laddove è lo stesso legislatore attraverso la creazione di un modello *ad hoc* a derogare alle regole processuali ordinarie, ovvero giurisprudenziale, laddove, in presenza di particolari norme che regolano settori sensibili, si tende ad adottare un'interpretazione delle stesse in parte derogatoria.

Costituisce espressione del primo gruppo di modelli prima indicati, ad esempio, l'art. 21-bis, l.287 del 10 ottobre 1990, inserito dall'art. 35, d.l. n.201 del 6 dicembre 2011 (conv. in l. n.214 del 22 dicembre 2011), che ha conferito all'

⁵⁷CARBONE A., *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sui pubblici appalti*, in Dir. Proc. Amm. 2/2014, p.423 ss.

⁵⁸CARBONE A., *op.ult.cit*, p.429

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato la legittimazione ad impugnare dinanzi al giudice amministrativo gli atti adottati da qualsiasi altra amministrazione in violazione delle regole poste a tutela della concorrenza e del mercato, previa emanazione di un parere motivato a cui la P.A. ha l'onere di conformarsi per evitare l'impugnazione.⁵⁹

Ancora, la *class action* amministrativa prevista dal d.lgs.198 del 20 dicembre 2009⁶⁰, mediante la quale i titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti possono agire in giudizio per chiedere il ripristino del “*corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio*” laddove non sia stato rispettato il termine previsto per l'adozione di un provvedimento di carattere generale ovvero siano stati violati gli standard economici e qualitativi previsti per i servizi pubblici e da ciò sia derivata una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi.

In particolare, con tale istituto è stato attribuito il potere al giudice amministrativo di condannare la P.A. all'emanazione di un atto che ponga fine ad un inadempimento derivante “dalla violazione di termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato da una legge o da un regolamento, dalla violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi ovvero dalla violazione di standard qualitativi ed economici stabiliti, per i concessionari di

⁵⁹V. *Infra* II CAPITOLO, par. 3.1

⁶⁰ Sull'azione di classe amministrativa o ricorso per l'efficienza, si veda tra gli altri, BARTOLINI, *La class action tra favole e realtà*, Giustamm.it, 2009; CLARICH *La class action di Brunetta. Ovvero come provare a migliorare la p.a. con la cosmesi*, in Il sole24ore, 2009; CINTIOLI *Note sulla cd. Class action amministrativa*, in Giustamm.it, 2010; GIUFFRIDA, *La cd. Class action amministrativa: ricostruzione dell'istituto e criticità*, in Giustamm.it, 2010; PATRONI GRIFFI, *Class action e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici*, in Federalismi.it, 2010; BUZZI, *La class action nella P.A.*, in Altalex.it, 2010.

servizi pubblici, dalle autorità preposte alla regolazione ed al controllo del settore e, per le pubbliche amministrazioni, definiti dalle stesse in conformità alle disposizioni in materia di performance contenute nel decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, coerentemente con le linee guida definite dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 13 del medesimo decreto e secondo le scadenze temporali definite dal decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150.”⁶¹

Secondo una rilevante parte della dottrina⁶², la circostanza che possano attivare tale strumento di tutela i titolari di interessi “rilevanti ed omogenei”, induce a pensare che quella introdotta dalla *class action* amministrativa, sia una forma di giurisdizione di tipo oggettivo. Si ritiene, infatti, che tale giudizio “ *non sia calibrato sulla singola posizione giuridica in quanto il giudizio e l'azione non hanno qui lo scopo di attuare una peculiare situazione soggettiva sostanziale dandovi compiuta tutela*”⁶³.

La posizione giuridica soggettiva fatta valere, in altre parole, sembra sganciarsi dalla solida consistenza dell'interesse legittimo e diritto soggettivo” e finisce per lambire un interesse di mero fatto che appartiene ad ogni singolo cittadino e che si riassume nell'interesse pubblico generale al buon andamento dell'azione amministrativa.

A ben vedere, la *class action* non sembra poter essere ricondotta alle ipotesi di processo a contenuto oggettivo secondo quanto precedentemente visto; la circostanza che il legislatore introduca come presupposto legittimante della stessa, la necessità che la disfunzione prodotta dalla P.A. abbia generato una lesione di un

⁶¹Così l' art. 1 d.lgs.198/2009.

⁶²Tra gli altri v. CINTIOLI F., *Note sulla cosiddetta class action amministrativa*, in www.giustamm.it

⁶³CINTIOLI F., op. ult.cit., 13

interesse concreta ed attuale, fa sì che l'interesse avuto di mira dal legislatore torni ad assumere una dimensione soggettiva. In altre parole, a parere di chi scrive, l'interesse funzionalizzato perseguito dal legislatore si concretizza pur sempre in una lesione soggettiva, talchè la legittimazione ad agire del singolo può essere intesa in questo modo senza che ne venga scalfita la funzione.

Riguardo quei modelli di matrice giurisprudenziale, nei quali, in presenza di particolari norme che regolano settori sensibili, si tende ad adottare un'interpretazione delle stesse in parte derogatoria, si deve invece avere riguardo all'ampliamento dei poteri del giudice amministrativo, ovvero ad un'interpretazione estensiva degli stessi. Come si approfondirà nel terzo capitolo di questa trattazione, costituiscono espressione di tale ultima tendenza, i poteri del g.a. nell'ambito della giurisdizione relativa agli appalti pubblici (in particolare, relativamente ai rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale cd. escludente), la gradazione dei motivi di ricorso secondo quanto stabilito dalla Adunanza Plenaria n. 4 2015, ed il principio dell'assorbimento dei motivi di ricorso cui fa riferimento la sentenza n. 5 del 2015 dell'Adunanza Plenaria.

Ciò che giova precisare in questa sede, è che la tendenza all'oggettivazione del processo amministrativo non si giustifica in base ad una *“rinnovata valorizzazione dell'interesse alla mera legalità dell'azione amministrativa o comunque dell'interesse pubblico generalmente inteso”*, non si tratta cioè di due tendenze - quella di progressivo adeguamento del processo amministrativo al paradigma processual-civilistico e quella tendente ad un modello di giurisdizione a

contenuto oggettivo – opposte, quanto piuttosto di “*una linea evolutiva che corre in parallelo , senza sovrapporsi, a quella tradizionale*”⁶⁴.

⁶⁴CARBONE A.,op.cit., p.442

CAPITOLO II

LA GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA TRA REGOLA ED ECCEZIONE: IL CASO DELL' ART. 21 BIS L.287/90 E LE AUTORITA' AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

1. IL CONDIZIONAMENTO SPIEGATO DAL DIRITTO SOVRANAZIONALE SUL DIRITTO PUBBLICO INTERNO: TRASFIGURAZIONE DI BENI GIURIDICI E RAFFORZAMENTO DELLE ESIGENZE DI TUTELA.

Il dibattito sin ora riportato circa la configurabilità di una giurisdizione di tipo oggettivo, può senz'altro costituire un terreno fertile di indagine per ulteriori riflessioni: è infatti necessario chiedersi se l'implementazione dei poteri del giudice amministrativo al di là degli schemi entro cui è costretto il processo amministrativo - teso a contemperare gli equilibri precari tra funzione amministrativa e potere giurisdizionale - possa assicurare una maggiore garanzia di tutela per tutti quegli interessi che, mutuando la propria "forza" direttamente dal diritto europeo, travalicano "la forma dell'individualità fino ad assumere connotazioni super individuali".

Ebbene, come si potrà osservare nel corso del presente capitolo, l'elaborazione da parte del legislatore di istituti peculiari caratterizzati da una disciplina processuale derogatoria rispetto a quella ordinaria, che viaggia su di un binario parallelo rispetto al processo amministrativo di parte, il più delle volte corrisponde ad un'esigenza di tutela che è direttamente proporzionale alla peculiarità degli interessi che in quella sede vengono trattati.

Viene immediatamente in rilievo la tutela della concorrenza, avuta di mira dal già menzionato art. 21 *bis* introdotto dal d.l. n. 201 del 2011, all'interno del corpo normativo della l. 287/90 (legge Antitrust).

A tal riguardo, si può certamente affermare che il corretto funzionamento del mercato costituisce un bene della vita giuridicamente rilevante, protetto a livello costituzionale e comunitario, che assume, in un contesto economico nel quale sempre più spesso è indicato come fondamentale fattore di crescita e di competitività, un ruolo di primaria rilevanza.

E' utile ricordare come la giurisprudenza, sia nazionale che europea, abbia precisato in più occasioni che le norme a tutela del mercato e della concorrenza fanno nascere situazioni giuridiche qualificate in capo a tutti i soggetti che agiscono sul mercato, tanto alle imprese quanto ai consumatori, anche questi ultimi ormai da tempo considerati soggetti direttamente tutelati.

È ammessa, ad esempio, la possibilità per i consumatori di invocare la legge n. 287/1990 per ottenere il risarcimento del c.d. danno da illecito antitrust⁶⁵, oppure l'impugnabilità delle archiviazioni e dei provvedimenti negativi dell'AGCM da parte di soggetti terzi, ivi comprese le associazioni dei consumatori.

Differentemente da queste ultime ipotesi, tuttavia, nel meccanismo di impugnazione predisposto dall'art. 21 bis, manca la titolarità individuale dell'interesse,

⁶⁵Corte di giustizia UE, causa C-557/12, 5 giugno 2014, *Kone AG e altri contro ÖBB Infrastruktur AG* estende il perimetro già elastico della risarcibilità dei danni da illecito antitrust, non richiedendo la connessione diretta tra le imprese partecipanti all'intesa vietata e il danneggiato quale condizione necessaria ai fini dell'ottenimento del ristoro. La pronuncia, allocando il peso del danno causato dal comportamento di un'impresa terza rispetto all'intesa sulle partecipanti alla stessa, descrive un atteggiamento di *policy* espansiva della tutela del mercato. La sentenza si fonda sull'obiettivo di legittimare chiunque all'azione a tutela della violazione dell'art. 101 TFUE (già art. 85 del Trattato), riconoscendo, in linea di principio, una generale possibilità di accesso al risarcimento del danno derivante dall'illecito anticoncorrenziale, ove tuttavia non vengano a mancare l'analisi del contesto giuridico-economico e relazionale delle parti nonché il nesso di causalità tra la violazione *de qua* e il danno prodottosi in capo al richiedente.

o meglio, pur volendo ammettere che questa sia presente in capo all'AGCM, non si può prescindere dalla natura pubblicistica di tale ente, che agisce per scopi collettivi più che per fini prettamente individuali.

Ma l'evanescenza di taluni beni giuridici, di cui la concorrenza tutelata dall'art. 21 *bis* costituisce solo un esempio, non può sacrificare le esigenze di tutela imposte dallo stesso diritto europeo.

A tal riguardo, non è un caso, forse, che tutte le ipotesi ricondotte dalla dottrina e dalla giurisprudenza nell'ambito della categoria della giurisdizione oggettiva siano poste a presidio di interessi particolarmente rilevanti, che guardano al diritto comunitario favorendo l'attuazione di un'amministrazione efficace ed efficiente, e che allo stesso tempo, non sono idonei a concretizzarsi in capo ai singoli individui.

A dimostrazione di quanto sinora detto, giova considerare come sia proprio il diritto europeo, richiamato dall'art.1 c.p.a., a costituire vero e proprio parametro di garanzia per una tutela piena ed effettiva del cittadino. Quest'ultimo sottende, da una parte, le regole della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, e dall'altra i principi comunitari così come rielaborati dalla Corte di Giustizia; si caratterizza, oltre che per la presenza di numerose prescrizioni di carattere puntuale, anche e soprattutto per il ricorso a precetti più generali.⁶⁶

Tali precetti si configurano come principi generali del diritto e nel corso degli anni si sono imposti negli ordinamenti degli Stati membri determinando un

⁶⁶L' art. 1 del codice del processo amministrativo così recita : *“La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo”*.

Il principio dell'effettività della giurisdizione amministrativa è presentato, nella norma di apertura del Codice del processo, come un principio generale del diritto, costituente precipitato sostanziale dei principi del giusto processo e di giustiziabilità delle posizioni soggettive, garantito dagli artt. 24,11 e 113 Cost., nonché degli artt. 6-13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, i quali definiscono un argine invalicabile ad ogni ingiustificata eccezione alla generale ammissibilità della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche sostanziali. Sul punto v. R. GAROFOLI, A.AULETTA, *Codice amministrativo ragionato*, NelDiritto Editore, 2016.

arricchimento della tutela dei privati; il riferimento nel Codice del processo amministrativo al diritto europeo, costituisce un rafforzamento dei riferimenti costituzionali che sanciscono la conformazione del nostro ordinamento ai vincoli che derivano dal diritto comunitario e dalle norme di diritto internazionale, in linea con l'esigenza di un diritto comunitario sempre più armonizzato che impone il raggiungimento di standard minimi di tutela rispetto agli atti amministrativi omogeneo rispetto a tutti i cittadini dell'unione.⁶⁷

Tanto premesso, è stato necessario assicurare che le norme sovranazionali potessero conseguire il loro effetto utile, incidendo sugli ordinamenti interni attraverso l'attribuzione di nuove facoltà, soprattutto nei settori in cui, la Comunità prima e l'Unione poi, hanno introdotto nuovi diritti o hanno agito con più incisività per abbattere gli ostacoli alla libera concorrenza in attuazione di un mercato pienamente libero.

Per l'attuazione di tale obiettivo, ed in ossequio al principio di sussidiarietà, la Corte di Giustizia verifica il rispetto dei parametri di adeguatezza in conformità del principio di equivalenza (per cui la tutela dei diritti attribuiti da norme dell'Unione deve essere almeno pari a quella prevista per i diritti conferiti da norme nazionali) e del principio di effettività (alla stregua del quale il sistema nazionale di rimedi giurisdizionali deve essere tale da non rendere praticamente impossibile o eccessivamente gravoso l'esercizio dei diritti attribuiti al singolo da norme dell'Unione).

Ma gli esiti dello sviluppo dei sistemi nazionali in rapporto dialettico con la UE, il più delle volte, si sono limitati ad un adattamento agli *standards* europei, conservando le differenze nazionali e, solo raramente, sono giunti ad una vera e propria armonizzazione delle discipline (come nel campo degli appalti pubblici) attraverso cui

⁶⁷ ZERMAN, *L'effettività della tutela nel Codice del processo amministrativo*, in Giustizia-amministrativa.it

il principio dell'autonomia procedurale è stato accantonato per far posto alla predisposizione di un sistema di tutela direttamente ad opera dell'Unione europea.

Il coordinamento tra diritto comunitario e diritto pubblico interno in punto di tutela giurisdizionale dei diritti, impone di valutare, allora, se l'attuale configurazione del sistema per la salvaguardia delle posizioni giuridiche soggettive dei privati a fronte dello scorretto esercizio della funzione amministrativa, sia idoneo a soddisfare le esigenze di tutela imposte dall'ordinamento europeo.

L'idea che sia proprio il condizionamento da parte dell'ordinamento sovranazionale a richiedere un maggiore sforzo in punto di tutela da parte degli Stati membri, sembra d'altra parte essere supportata da altri istituti del diritto amministrativo, che dimostrano come tale esigenza sia talmente forte da riuscire a scardinare le barriere imposte dal legislatore nel processo amministrativo.

Viene in rilievo innanzitutto il potere del giudice amministrativo delineato dall'art. 123 del Codice del processo amministrativo: lo stesso giudice, in presenza di una grave violazione che inficia il contratto stipulato all'esito di una procedura ad evidenza pubblica, può decidere di mantenerlo in vita laddove emergano esigenze imperative di interesse generale. In tale ultimo caso il giudice, per ripristinare l'equilibrio economico violato, dovrà applicare le cd. sanzioni alternative consistenti o nella riduzione della durata del contratto o in una sanzione pecuniaria.

Qualora il giudice ritenga di non dichiarare l'inefficacia del contratto, rinvenendo nella fattispecie le condizioni dettate dal secondo comma dell'art. 121 c.p.a., la tutela del ricorrente al bene della vita si concentra nel risarcimento dei danni per equivalente. Non rimangono, però, prive di conseguenze le accertate "violazioni gravi",

ed è in questo momento che il processo prende una strada diversa, tesa a sanzionare il mancato rispetto delle disposizioni dettate per il procedimento amministrativo.

La dottrina prevalente ritiene che in questi casi si configuri un tipo di giurisdizione oggettiva: il giudice adotta una sanzione pecuniaria che non arreca alcuna soddisfazione al bene della vita per il quale è stato promosso il giudizio ed il ricorrente non ha alcun interesse a questa pronunzia, anche se è stato necessario il suo ricorso per introdurre il giudizio e delimitare il *thema decidendum*.

La pronunzia del giudice interviene per sanzionare la violazione obiettiva delle disposizioni che ha compromesso la realizzazione di alcuni degli interessi pubblici oggetto di tutela normativa e cioè quelli del libero mercato, concorrenza, *par condicio*, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità nonché quelli rivolti ad ottenere reali possibilità di aggiudicazione.⁶⁸

Tale sistema dimostra come le controversie relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture godono di un regime processuale loro proprio per le attenzioni ad esse dedicate dalla normativa comunitaria, tanto da connotarsi per la peculiarità dei poteri cautelari, istruttori, cognitori e decisorio del giudice amministrativo. Si tratta di un'ulteriore dimostrazione della circostanza che in presenza di interessi verso i quali l'ordinamento europeo concentra la propria attenzione, il legislatore interno conferisce al giudice poteri più ampi che lo elevano a vero e proprio "guardiano della legalità violata".

Il processo amministrativo seguendo queste coordinate sembra orientarsi verso un modello di giurisdizione oggettiva tutte le volte in cui l'esigenza di una tutela

⁶⁸FOLLIERI, *Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici*, in Relazione al convegno su "Il contenzioso sui contratti pubblici un anno dopo il recepimento della direttiva ricorsi", Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro, 2011.

effettiva e piena, secondo quanto stabilito dallo stesso art.1 c.p.a., debba prescindere dalla sussistenza di un interesse individuale, attribuendo rilevanza all'interesse al mero rispetto della legge.

Tali ipotesi costituiscono solo un esempio di come il legislatore sia teso a travalicare le tradizionali barriere del processo amministrativo in nome di una tutela piena ed effettiva di certi valori.

La peculiarità del potere amministrativo rende necessario, qui più di ogni altro settore dell'ordinamento, conciliare le esigenze di tutela imposte dal diritto europeo con le insufficienze del potere giudiziario che si scontra con la pubblica funzione.

L'analisi sulla ricostruzione dei poteri conferiti all'AGCM, risulta paradigmatica della tendenza del legislatore ad orientare il processo amministrativo verso nuovi orizzonti vicini a modelli processuali a carattere oggettivo.

1.1 Segue. IL DIRITTO AMMINISTRATIVO EUROPEO: PRINCIPI GENERALI.

Il condizionamento più rilevante spiegato nell'ambito del diritto nazionale da parte delle istituzioni sovranazionali, proviene dall'Unione Europea. Essa si è aggiunta agli organismi creati nel 1952 dal Trattato di Parigi istitutivo della Comunità europea dell'acciaio e del carbone, e nel 1957 con il Trattato di Roma istitutivo della Comunità economica europea, poi *tout court* europea.

La politica dell'Unione e la sua incidenza sui diritti nazionali risulta peraltro differenziata, soprattutto laddove si tratti di settori di materie non affidate alla sua esclusiva competenza; in tali ambiti l'intervento dell'Unione si realizza principalmente tramite lo strumento delle direttive, che pongono a carico dei gli Stati membri degli obblighi di risultato le cui modalità di attuazione sono rimesse alla

discrezionalità degli stessi. Lo strumento delle direttive, nel corso degli anni, ha poi smarrito la sua principale funzione per cedere il passo all'utilizzo, da parte dell'Unione, di direttive dettagliate (cd. self-executive), mediante le quali l'Unione ha realizzato una profonda incidenza nei diritti interni nazionali.

Al tempo stesso, si è realizzata un'influenza di tipo opposto, cioè dei diritti nazionali su quello dell'Unione, che mutua da essi principi e tecniche operative.⁶⁹

Il diritto comunitario lascia ampi margini di selezione adattativa da parte degli Stati membri, i quali se ne servono compiendo scelte differenti di politica interna.

Ad esempio in tema di tutela dell'ambiente, le norme comunitarie impongono unicamente degli standard minimi di tutela (art. 176 , ex art. 130, T.tr. UE), mentre in tema di tutela della concorrenza, è fatta salva la possibilità da parte degli Stati membri di “adottare e di applicare nel loro territorio norme nazionali più rigorose che vietino o sanzionino condotte unilaterali delle imprese” (art. 3 comma 2 , reg. n. 1 /2003).

A fronte della diversità attuative delle politiche comunitarie, un ruolo fondamentale nello sviluppo dei rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale è stato svolto dal principio del mutuo riconoscimento, o dell'equivalenza funzionale.

Tale principio è stato consacrato nella nota sentenza della Corte di Giustizia, *Cassis de Dijon*, nella quale i giudici comunitari hanno stabilito - con riguardo alle regole sulla composizione alcolica dei liquori e sulla loro etichettatura - che queste ultime potessero trovare riconoscimento, e dunque spiegare i propri effetti anche all'interno degli altri Stati. A fronte della portata dirompente del principio espresso, la Corte si è poi preoccupata di precisare che gli stati membri continuano conservare la potestà di

⁶⁹DELLA CANANEA, *Il diritto amministrativo europeo e i suoi principi fondamentali* in G. DELLA CANANEA (A CURA DI), *Diritto amministrativo europeo. Principi e Istituti*, Milano 2006, p.2

limitare la libera circolazione delle merci per “esigenze imperative”, come la tutela della sicurezza pubblica o della salute pubblica.

Il sistema del mutuo riconoscimento cui ha dato vita la Corte di Giustizia con la sua decisione, ha determinato un notevole cambiamento del modo con cui la Comunità ha deciso di approcciarsi alle disparità nazionali.

Invero, mentre il procedimento di riavvicinamento delle legislazioni si ispira ad una logica accentratrice, per cui le norme nazionali vengono sostituite da quelle comunitarie, il mutuo riconoscimento si ispira alla logica opposta, lasciando coesistere le diversità nazionali⁷⁰.

Il principio del mutuo riconoscimento, come è stato osservato, porta con sé un ulteriore risvolto che interessa le Pubbliche amministrazioni non tanto e non solo in via mediata, come avviene per ogni modificazione delle regole giuridiche da far osservare, ma anche in via immediata tutte le volte in cui insieme ad esso trova anche attuazione uno dei suoi corollari, ovvero il controllo sul paese d'origine.

Ciò avviene, ad esempio, in tema di direttive sull'attività creditizia, le quali dispongono che gli enti creditizi autorizzati da un paese membro, possono operare all'interno dell'ordinamento comunitario, con proprie succursali o in regime di libera prestazione dei servizi, senza dover richiedere l'autorizzazione al paese ospitante.

Ebbene, in quest'ultimo caso, il diritto comunitario ha sferrato un duro colpo al principio della signoria esclusiva dello Stato sul proprio territorio, così determinando “un'apertura laterale dei diritti amministrativi nazionali”⁷¹.

⁷⁰DELLA CANANEA, *op.ult.cit.*, pp. 6 ss.

⁷¹CASSESE, *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Rivista trimestrale del diritto pubblico*, 2003

In altre parole, sembrerebbe che gli stati hanno rinunciato non solo alla propria autonomia nei confronti dell'ordinamento comunitario ma anche alla eterogeneità delle proprie formazioni.

Dal punto di vista soggettivo, il diritto amministrativo europeo abbraccia una nozione elastica di pubblica amministrazione, che include i poteri pubblici nazionali e, a talune condizioni, i soggetti privati che operano sotto controllo pubblico.

Tale nozione elastica è stata elaborata al fine di consentire l'accesso ai pubblici uffici e per estendere l'ambito di applicazione delle norme sui contratti pubblici.

In particolare, per quanto attiene al primo profilo, il Trattato di Roma, vieta "ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità" (art. 12, ex art. 6, tr. Ce), stabilendo il principio della libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità e, al tempo stesso, una possibile deroga da parte degli Stati membri in "relazione agli impieghi nella pubblica amministrazione".

Tale ultima nozione di pubblica amministrazione è stata interpretata in modo restrittivo dalla Commissione e dalla Corte di giustizia, allo scopo di favorire la circolazione delle persone negli uffici pubblici. Questa deroga, dunque, potrà trovare attuazione solo nel caso in cui si verifichi una doppia condizione: la tutela di interessi generali dello Stato - o di altre collettività - e l'esercizio di poteri pubblici che travalichino le normali regole rilevanti nei rapporti interprivati.

Per quanto attiene al secondo profilo, la nozione di pubblica amministrazione rilevante per il diritto comunitario assume portata più ampia. Per garantire la massima attuazione dei principi comunitari in materia di mercato e libera concorrenza, dal punto di vista soggettivo, saranno tenuti al rispetto di tali regole non solo lo Stato e gli enti territoriali, ma anche gli organismi di diritto pubblico.

2. I POTERI DELL' AGCM E AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI: INQUADRAMENTO SISTEMATICO E FONDAMENTO DOGMATICO

L'indagine sul fondamento dei nuovi poteri attribuiti all' AGCM e sui riflessi che questi ultimi spiegano nel sistema, non può prescindere da un'analisi sistematica del fenomeno della nascita e dello sviluppo delle Autorità Amministrative Indipendenti.

Esse sorgono come risposta al fallimento dello Stato e della legge in settori nevralgici dell'ordinamento coperti da diritti fondamentali, segnando il definitivo tramonto della struttura piramidale dei poteri centrali dello Stato e ponendosi come completamento del principio della separazione dei poteri.

Il d.l. n. 201 del 2011- meglio conosciuto come “Decreto SalvaItalia”- ha introdotto all'interno della l. 287/90 (legge Antitrust), l'art 21 bis intitolato “Poteri dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza”.

La norma riconosce in capo ad un soggetto istituzionale - la cui posizione si aggiunge a quella dei soggetti legittimati ad agire secondo le consuete regole processuali - il potere di ricorrere dinanzi al giudice amministrativo al fine di sollecitare la rimozione di quegli atti che violano le norme poste a tutela della concorrenza e del mercato.

Il primo comma dell'art. 21 bis, infatti, stabilisce che *“l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato”*.

È utile chiarire fin da subito l'ambito applicativo del primo comma, che dal punto di vista oggettivo, coinvolge tutti gli atti generali, a carattere normativo, ma anche

“particolari” purché suscettibili di “violare” le regole concorrenziali, e dal punto di vista soggettivo circoscrive l’impugnabilità da parte dell’ Antitrust ai soli atti adottati dalla pubblica amministrazione.

La regola, in quanto eccezionale, non si applica alle imprese pubbliche, né, secondo la più recente giurisprudenza, agli organismi di diritto pubblico che, com’è noto, se sono equiparati alla pubblica amministrazione per alcuni fini, non sono perfettamente identificabili con essa.

Si deve escludere, in altre parole, che l’AGCM possa ricorrere contro soggetti diversi dalle pubbliche amministrazioni, i quali non rientrino nel novero dei soggetti pubblici ai sensi dell’ art.1 comma 2 d.lgs.165/2001.

Eventuali soggetti “altri” rispetto alla ricorrente AGCM ed alla resistente “Amministrazione” potranno assumere la posizione o di parti controinteressate (necessarie) laddove esse siano titolari, con riferimento all’atto gravato dall’Autorità, di una diretta posizione di interesse, la quale determini una obbligata presenza in seno al giudizio, in quanto immediatamente “incisa” dalla rimozione demolitoria della determinazione assoggettata a sindacato, o di meri interventori, *ad opponendum o ad adiuvandum*, la cui presenza, non certo necessaria, potrà essere veicolata esclusivamente dalla spontanea affermazione in giudizio dell’interesse derivato e/o strumentale che connota la configurazione di tale posizione.

Il secondo comma dell’ art. 21 bis contempla poi un meccanismo di cooperazione preventiva tra l’Autorità Garante e l’amministrazione: *“l’Autorità Garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni*

riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità 'può' presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni".

Il tenore letterale della norma, com'è stato osservato in dottrina, non sembra lasciare troppo spazio all'interpretazione: l'utilizzo della formula "emette un parere" sembra far ricadere in capo all' Antitrust un vero e proprio onere di emanazione del parere preventivo.

Tale meccanismo individua nella legittimazione ad agire dell'Autorità Garante l'*extrema ratio* del sistema, dovendosi privilegiare piuttosto modalità preventive per il perseguimento della libertà concorrenziale, riconducibili al rapporto di leale collaborazione tra pubbliche amministrazioni. Tuttavia, mette conto evidenziare fin da subito, che al di là del *nomen juris* utilizzato dal legislatore, il parere cui si riferisce il secondo comma dell'art.21 bis, ha natura sostanziale di un atto di diffida (tale caratteristica consente di distinguere i poteri dell'AGCM da quelli della neo-istituita Autorità dei Trasporti, che per quanto assimilabili sotto certi profili, come si vedrà, non sembrano essere ispirati dalla medesima *ratio*)⁷².

⁷²Sul punto v. CLARICH, I poteri di impugnativa dell' AGCM ai sensi del nuovo art. 21 bis della l.287/90, in www.federalismi.it, secondo cui "A ben considerare, il parere in questione non sembra equiparabile ai pareri che l'Autorità può esprimere su richiesta di altre amministrazioni o anche d'ufficio ai sensi dell'art. 22 della l. n. 287/1990. Esso invece, al di là del nomen "edulcorato" utilizzato dal legislatore forse per rispetto formale delle prerogative delle pubbliche amministrazioni, al cui genus appartiene in realtà anche l'Autorità, ha natura sostanziale di un atto di diffida. Esso sembra, infatti, equiparabile alle diffide, con fissazione di un termine per l'eliminazione dell'infrazione, che l'Autorità può indirizzare ai soggetti privati nei casi di violazione delle disposizioni in materia di intese restrittive della concorrenza e di abuso di posizione dominante (art. 15, l. n. 287/1990). In entrambi i casi sorge in capo al destinatario un obbligo di conformazione. Cambiano soltanto le conseguenze dell'inottemperanza che consistono, nel primo caso, nel potere di proporre un ricorso innanzi al giudice amministrativo e, nel secondo caso, nel potere di irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10% del fatturato. Sotto il profilo procedurale va rilevato il paradosso che, mentre da diffida può essere deliberata nei confronti dell'impresa privata soltanto all'esito di un'istruttoria nell'ambito della quale vi è spazio per un contraddittorio procedimentale (art. 14), il parere-diffida può essere indirizzato a un'amministrazione senza alcun tipo di interlocuzione preliminare".

Ma la necessità dell’emanazione di un parere preventivo obbligatorio sembra contraddire l’esigenza di tutela immediata avverso gli atti lesivi della concorrenza, confermata anche dal successivo terzo comma dell’art.21 bis, che assoggetta il giudizio instaurato dall’Autorità alle disposizioni del titolo V del libro IV del c.p.a in tema di riti abbreviati.

Tale disposizione non specifica se debba aversi riguardo alle prescrizioni dell’art. 119 (“rito speciale comune a determinate materie”) o a quelle dell’art. 120 ss. in tema di affidamento di lavori, servizi e forniture. Si ritiene, tuttavia, che mentre la disciplina del rito appalti possa trovare applicazione nei giudizi instaurati dall’ AGCM solo in queste particolari materie, l’art. 119 abbia una portata generale potendosi applicare in tutti gli altri casi.

La norma che riconosce la legittimazione a ricorrere dell’Autorità Garante, dunque, offre numerosi spunti di riflessione, costituendo una novità di grande rilievo, non solo per la forza che essa attribuisce all’Antitrust e al valore primario riconosciuto al bene giuridico concorrenza, ma anche per i potenziali effetti sulla ricostruzione generale della funzione del giudice amministrativo nei rapporti con il potere pubblico.

L’art. 21bis infatti, ha ad oggetto un chiaro potenziamento delle funzioni dell’autorità in parola e la sua *ratio* deve essere rintracciata anche e soprattutto nelle spinte provenienti dal diritto europeo, che continua a muoversi nel segno della promozione di un sistema di concorrenza leale, idoneo a tutelare in modo soddisfacente le pretese degli operatori economici sul mercato.

Alla luce di quanto appena detto, risulta evidente, allora, come quello delle Autorità Amministrative Indipendenti rappresenti sicuramente uno dei settori che ha maggiormente risentito della sempre più incisiva influenza dei principi comunitari.

Del resto, com'è noto, è proprio l' esigenza di tutela nei cd. "settori sensibili" dell'ordinamento che ha favorito la creazione nel sistema delle Autorità Amministrative Indipendenti: l'evoluzione dei poteri riconosciuti all'AGCM costituisce, dunque, solo lo sviluppo "fisiologico" di un fenomeno che affonda le proprie radici ben più lontano nel tempo.

Le ragioni sottese alla nascita di questa peculiare tipologia di amministrazione pubblica, trovano innanzitutto fondamento nel fenomeno della progressiva "crisi della legge".

La tendenza a legiferare per categorie generali ed astratte ha rivelato, com'è noto, l'incapacità della legge a predefinire - in contesti particolarmente delicati e proiettati prevalentemente in una dimensione sovranazionale - un sistema preciso e completo di regole, tale da consentire ai destinatari della disciplina di valutare in modo certo i propri e gli altrui comportamenti in termini di illiceità o liceità⁷³.

A questo si è ben presto affiancata l'ulteriore esigenza di svincolare alcuni settori sensibili dalla gestione e dal condizionamento degli organi politici, creando, appunto, figure dotate della massima autonomia rispetto a questi ultimi e caratterizzate da uno spiccato grado di indipendenza soprattutto in relazione agli interessi che le stesse sono chiamate a tutelare.

Da ultimo il fenomeno delle privatizzazioni, che ha condotto ad una progressiva abdicazione dello Stato dall'intervento diretto nell'economia, e i processi di liberalizzazione che in molti casi seguono il primo; alle AAI si è quindi affidato il compito di stimolare a valle degli stessi un'autentica apertura in senso concorrenziale dei mercati,

⁷³CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, Relazione al Convegno Le Autorità Amministrative Indipendenti, in memoria di Vincenzo Caianiello, Palazzo Spada 9 maggio 2003, in www.giustizia-amministrativa.it

consentendo un ingresso in questi ultimi non solo “nominale” di nuovi operatori, e dunque, evitando che al monopolio pubblico si sostituisse, di fatto, quello privato.

Per queste ragioni, le AAI sono ricollegabili non tanto alla nozione di *Stato-Apparato* quanto piuttosto a quella di *Stato-Comunità*: le stesse non sono titolari di un interesse pubblico dato, ma hanno la funzione di tutelare gli interessi della comunità dalla tirannia dei poteri forti.

Le funzioni attribuite all'AGCM dall'art. 21 bis, costituiscono una vera e propria attuazione di tale principio: il potere di impugnazione degli atti violativi delle regole della concorrenza si spiega in ragione dell'esigenza di garantire un sistema concorrenziale aperto, in cui venga garantito il libero accesso agli operatori, rimettendo ad un' autorità pubblica il compito di vigilare, ed eventualmente di intervenire, sulla corretta applicazione delle regole del mercato.

Tale ultimo rilievo costituisce una premessa fondamentale per l'indagine che si intende svolgere: solo facendo leva sulla assoluta neutralità di tali enti si può infatti giustificare l'attribuzione ad alcuni di essi di poteri dirompenti esercitati nell'esclusivo interesse della legge ed in grado di far “mutare veste” al processo amministrativo tradizionalmente volto alla tutela di posizioni giuridiche individuali.

Tuttavia, la versatilità delle funzioni riconducibili in capo alle AAI (funzioni di regolazione, amministrative in senso stretto, para giurisdizionali, e talvolta sanzionatorie) ha per lungo tempo sollevato il problema della compatibilità di tali enti con il dettato costituzionale.

A fronte di quanti hanno sostenuto la natura para giurisdizionale delle autorità in parola (trascurando la circostanza che le decisioni delle AAI non sono suscettibili di passare in giudicato), e di coloro che le hanno definite un “potere ibrido”, a metà strada tra

quello giurisdizionale e quello amministrativo, l'opinione oggi prevalente riconduce le Autorità Amministrative Indipendenti nell'alveo della Pubblica Amministrazione⁷⁴.

Il fondamento costituzionale delle medesime va rinvenuto proprio nell'art. 95 Cost., norma che attua il cd. policentrismo autonomistico, e negli art. 2 e 3, volti ad attuare e garantire la parità delle armi in settori particolarmente delicati⁷⁵.

Con riguardo specifico all'Autorità Garante, espressamente riconosciuta dall'art. 1 l. 287/90 come presidio della corretta applicazione della normativa Antitrust, essa trova la propria legittimazione altresì nell'art. 41 Cost., che consacra il principio della libertà d'iniziativa economica privata.

3. AUTORITÀ DI GARANZIA “PURA” E AUTORITÀ “SEMI-INDIPENDENTI” : IL RUOLO DELL' AGCM.

Lo spiccato grado di autonomia dell'AGCM consente di spiegare la peculiarità del potere di impugnazione degli atti violativi della concorrenza che alla stessa è stato attribuito attraverso le recenti modifiche legislative introdotte dal “decreto SalvaItalia”, la cui funzione andrebbe smarrita se non si riconoscesse all'autorità il potere di operare nel sistema con la massima indipendenza dal potere politico.

La tendenza alla “semplificazione unificante” volta a conseguire una *reductio ad unitatem* di tutti i modelli di A.A.I., dunque, non può essere seguita. Il diverso grado di autonomia - in senso funzionale e strutturale - di queste peculiari forme di pubblica

⁷⁴Della questione relativa alla natura delle Autorità Amministrative Indipendenti, ed in particolare in merito alla legittimazione del Garante per la protezione dei dati personali a partecipare ad un giudizio di opposizione proposto avverso un suo provvedimento, si è espressa la Cass.civ. 20 maggio 2002, n.7341, la quale ripudiando l'idea dell'esistenza di un *tertium genus* fra amministrazione e giurisdizione, ha concluso per la natura di Pubblica Amministrazione dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali.

⁷⁵ ROLLI – TAGLIALATELA, *La legittimazione costituzionale delle Autorità Amministrative Indipendenti*, in www.giustamm.it.

amministrazione, impone di inquadrare solo l' AGCM tra i modelli di autorità di garanzia pura.

La presenza di un filo conduttore comune ravvisabile dietro la nascita e le modalità di sviluppo delle AAI, ha indotto la dottrina a ricomprenderle entro schemi unitari, incapaci però di spiegare le diversità - spesso molto profonde - del fenomeno.

Pertanto mette conto evidenziare, seppur brevemente, le peculiarità che caratterizzano ciascuno di questi enti.

Il carattere dell'indipendenza proprio delle autorità in esame si manifesta sia sotto un profilo funzionale che sotto un profilo strutturale.

Dal primo punto di vista esso si concreta nella netta separazione tra le autorità amministrative da una parte e gli organi di indirizzo politico e i soggetti regolati dall'altra (si ha riguardo in particolare, ai requisiti previsti per la nomina dei membri, alle modalità di nomina, alle condizioni di incompatibilità, alla durata del mandato e dal divieto di reiterazione dello stesso).

Dal punto di vista funzionale invece, l'indipendenza si manifesta nella possibilità di operare con piena autonomia di giudizio e di valutazione, senza condizionamenti da parte del governo o dei soggetti regolati.

Il diverso grado di autonomia riconducibile in capo alle Autorità Amministrative ha imposto, com'è noto, la distinzione delle stesse in autorità "veramente indipendenti" e autorità "semi-indipendenti"⁷⁶.

L'AGCM, per la peculiarità dei compiti che è chiamata a svolgere, realizza un modello di amministrazione di garanzia pura, totalmente svincolata dal punto di vista funzionale e strutturale dal potere di indirizzo e di controllo del Governo.

⁷⁶ AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 1997,3, 647 ss.

Essa vanta esclusivamente compiti di aggiudicazione, attraverso cui decide sillogisticamente di casi concreti mediante l'applicazione della legge; il potere regolamentare di cui dispone riguarda invece solo la propria organizzazione e il proprio funzionamento.

Lo spiccato grado di indipendenza riconosciuto all'AGCM costituisce al tempo stesso causa e conseguenza dell'intensificazione dei poteri alla stessa riconosciuti ad opera dell'art. 21 bis, norma che costituisce un chiaro segnale di attenzione verso la garanzia di un valore - quello del corretto sviluppo della concorrenza - che trae dal diritto europeo una primaria rilevanza.

La possibilità per l'autorità in parola di esercitare i propri poteri nell'esclusivo interesse della legge è conseguenza diretta dell'indipendenza alla stessa riconosciuta dall'ordinamento, che gli conferisce una posizione di preminenza nel sistema rispetto a tutte le altre autorità.

Tra le autorità amministrative "semi-indipendenti", invece, sono annoverabili l'Autorità dell'elettricità e del gas, dotata di funzioni di regolazione propriamente amministrative, e l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, titolare di poteri misti.

La natura amministrativa della prima è confermata dallo stesso dato legislativo, che all'art. 2, comma 14 della l. 481/96 prevede espressamente che all'Autorità sono trasferite tutte le funzioni amministrative esercitate da organi dello Stato e da altri enti e amministrazioni pubbliche nazionali e locali"; vengono fatte salve, tuttavia, le funzioni di indirizzo del Governo, a dimostrazione di una sua indipendenza "temprata".

L'AGCOM, invece, da una parte sfugge ai poteri di indirizzo dell'organo Esecutivo, dall'altro è titolare sia di poteri di aggiudicazione che di competenze prettamente amministrative.

Al diverso grado di autonomia riconosciuto in capo a ciascuno di questi enti, non deve corrispondere, tuttavia, un diverso “*grado di dignità dal punto di vista istituzionale*”.

In tale direzione muove il rilievo secondo cui “*la pari dignità delle Autorità Amministrative Indipendenti, la ragion d’essere della loro creazione, senza alcuna ingerenza dell’apparato governativo, al servizio della comunità, dei suoi bisogni e dei valori ad essa immanenti, impongono, un’equiordinazione dei poteri di intervento per la realizzazione degli obiettivi per i quali sono state istituite*”⁷⁷.

Tale equiordinazione, tuttavia, sembra oggi essere messa in discussione dal legislatore, il quale riconoscendo all’Agcm una legittimazione pubblica all’azione “nell’interesse della legge”, crea di fatto una disparità di trattamento tra le Autorità in relazione ai poteri di intervento per la tutela degli interessi loro affidati. La funzione di “pubblico ministero dell’economia” attribuita all’Antitrust, potrebbe infatti acuire la competizione che si è sviluppata negli anni tra le autorità per la difesa delle proprie competenze o per l’acquisizione di compiti nelle cd. zone di confine.

È stato rilevato, infatti, come il d.l. n.201 del 2011 non individui alcuno strumento di collaborazione tra l’Agcm e le altre autorità (si pensi in particolare all’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, le cui attribuzioni lambiscono quelle dell’Antitrust), lasciando aperto il problema degli eventuali conflitti di competenza per tutte quelle Autorità che attualmente non dispongono di “un luogo” di risoluzione dei conflitti.

⁷⁷CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell’Autorità Garante della concorrenza e del mercato* (art. 21 bis L. n. 287 del 1990), in Giustamm.it, 2012

3.1 IL RICORSO DELL' AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO COSÌ COME DELINEATO DALL' ART. 21 BIS L. 287/90: PROFILI TECNICI ED ASPETTI PROBLEMATICI.

Prima di valutare se il ricorso dell' AGCM, introdotto dal Decreto SalvaItalia, abbia determinato la creazione di un modello di giurisdizione di tipo oggettivo, è opportuno analizzare analiticamente le implicazioni pratiche del novello istituto.

Giova premettere che il meccanismo delineato dall'art. 21 bis, segna una restrizione dei contenuti che il ricorso può avere: innanzitutto, è necessario ai fini dell'ammissibilità dello stesso, dedurre uno specifico motivo di lesione, non essendo possibile richiamarsi ad un generico interesse alla tutela della concorrenza; il vizio dedotto deve necessariamente riguardare la violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato; il ricorso non può tendere al ripristino di qualsivoglia interesse pubblico violato bensì a quello specifico interesse di ordine generale assunto dall'ordinamento, ossia quello che corrisponde alla tutela del mercato e della concorrenza⁷⁸.

Considerato, dunque, che non sarà possibile circoscrivere in capo all'AGCM una situazione soggettiva in senso proprio, sarà opportuno ricercare un'interpretazione costituzionalmente orientata che non finisca per scardinare del tutto i confini della giurisdizione di diritto soggettivo.

In primo luogo, considerato che il meccanismo ideato dal legislatore prevede un iter procedurale che impone la previa emanazione di un parere da parte dell'AGCM, la possibilità che la pubblica amministrazione si conformi ad esso, ed infine, in caso

⁷⁸CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell' Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità Indipendenti*, in *Federalismi.it*

negativo, l'impugnazione giurisdizionale vera e propria da parte dell' AGCM, occorre valutare la natura del potere eventualmente azionato dalla pubblica amministrazione intimata.

Benché la norma non lo dica esplicitamente, si deve ritenere che tale potere sia quello di autotutela e che, in particolare, si configuri come potere di annullamento d'ufficio.⁷⁹

L'amministrazione diffidata, dunque, dovrà valutare che esistano i presupposti per l'esercizio del predetto potere, valutando - secondo quanto previsto dall'art. 21 *nonies* L.241/90 - il coinvolgimento di posizioni giuridiche soggettive di terzi, l'affidamento eventualmente ingenerato, ed il decorso del tempo dalla data di emanazione dell'atto.

Se i requisiti per procedere all'annullamento dell'atto, su segnalazione dell'AGCM, non dovessero sussistere, la p.a. chiaramente non si conformerà dandone adeguata motivazione, e solo in questo caso l'AGCM potrà agire in via giudiziale.

V'è da chiedersi, tuttavia, cosa accada nel caso in cui la p.a. non si sia - giustamente - conformata al parere dell' AGCM non sussistendo i presupposti richiesti dall'attivazione dei poteri di autotutela, e cioè se anche in tal caso continua a permanere in capo all' AGCM il potere (dovere) di adire l'autorità giurisdizionale.

Ebbene, in tale ultimo caso, la dottrina sembrerebbe essersi orientata negativamente; se infatti il potere di adeguamento si qualifica in termini di autotutela decisoria, una volta che esso venga accertato e quindi esercitato, non residueranno più margini di intervento in capo all' AGCM; in altre parole, l' AGCM potrà anche

⁷⁹CINTIOLI, *op.ult.cit.*

intervenire adendo l'autorità competente, ma qualora venga valutata la legittimità della decisione della p.a., il ricorso verrà evidentemente rigettato.⁸⁰

È ben possibile che le valutazioni operate dalla p.a. intimata in termini di esercizio o meno del potere di autotutela, abbiano ad oggetto interessi diversi da quello della concorrenza; tuttavia una siffatta interpretazione sembra sistematicamente corretta, in quanto, non è previsto da nessuna parte che tale interesse debba avere un primato assoluto su tutti gli altri interessi del sistema: è infatti necessaria una costante ponderazione di tali interessi ed un loro bilanciamento, che può essere operato solo dalla p.a. direttamente coinvolta.

La giurisprudenza si è recentemente interrogata sulla obbligatorietà o meno, da parte dell' AGCM, di attivare il potere consultivo disciplinato dal secondo comma dell'art. 21 bis.⁸¹

⁸⁰CINTIOLI, *op.ult.cit.*

⁸¹Tar Lazio, Roma, 6 maggio 2013 n. 4451. In particolare, il tribunale si è pronunciato in via preliminare in relazione alla seguente di inammissibilità sollevata da Roma Capitale, in relazione alla circostanza che la proposizione del ricorso da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato non è stata preceduta dall'espressione del "parere motivato", secondo il procedimento disciplinato dall'art. 21bis, comma 2, della l. n. 287/90, così come novellata dall'art. 35, comma 1, D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, modificato dalla legge di conversione 22 dicembre 2011, n. 214. L'Autorità al riguardo ha controdedotto che, a suo dire, con l'inserimento dell'art. 21 -bis nel corpo della l. n. 287/90, essa è stata dotata di un doppio set di poteri di intervento. Il comma 1 della norma in esame la legittimerebbe a proporre un ricorso in via diretta avverso gli atti amministrativi che determinino distorsioni della concorrenza, laddove, invece, il ricorso disciplinato dal comma 2 fa seguito ad una fase procedimentale in cui emette un parere motivato nel quale indica gli specifici profili riscontrati nell'atto dell'amministrazione e, solo ove quest'ultima non si conformi al parere nei successivi 60 giorni, l'Autorità può presentare, entro i successivi 30 giorni, il ricorso. Sul piano letterale, soggiunge, non si spiegherebbe la struttura dei primi due commi. Se, infatti, si fosse voluto dotare l'Autorità unicamente del potere di ricorrere previa segnalazione, il primo comma della norma sarebbe del tutto superfluo. Inoltre, a conferma della distinzione tra le due tipologie di intervento, vi sarebbe anche il fatto che il comma 3 della norma disciplina mediante rinvio al Libro IV, Titolo V, del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 204, i termini processuali dei soli "giudizi instaurati ai sensi del comma 1", senza operare il medesimo rinvio per i giudizi ex comma 2. Per effetto di tale rinvio al solo comma 1, il termine per la notificazione del ricorso introduttivo diretto è quello ordinario di sessanta giorni ai sensi dell'art. 119, comma 2, c.p.a.. Diversamente, il ricorso indiretto deve essere proposto, per espressa previsione del comma 2, entro 30 giorni dalla scadenza dei 60 che l'amministrazione ha per conformarsi al parere. L'Autorità, ancora, ha invocato, l'esigenza di flessibilità che la legittimazione al ricorso diretto consentirebbe di soddisfare. In tal modo potrebbe infatti intervenire celermente nei casi di maggiore gravità, agendo immediatamente in sede giurisdizionale, in particolare al fine di ottenere un tempestivo pronunciamento cautelare.

Si tratta di capire se la legittimazione dell' AGCM sia incondizionata, o se invece essa risulti subordinata al previo espletamento della fase procedimentale preliminare disciplinata dal comma 2 dell'art. 21bis. Nella prima ipotesi, l'espressione del parere costituirebbe infatti una mera eventualità, essendo il relativo procedimento attivabile ad esclusiva discrezione dell'Autorità, mentre nella seconda si tratterebbe di un vero e proprio, indefettibile presupposto processuale.

Risulta evidente, poi, che se si ritiene che, con l'art. 21bis, il legislatore abbia voluto conferire ad AGCM, sia pure quale soggetto pubblico qualificato, la natura di ente esponenziale di interessi diffusi e/o collettivi, diventa difficile giustificare l'obbligatorietà della fase precontenziosa, la quale comporterebbe una evidente disparità di trattamento con gli enti esponenziali dello stesso tipo. Al contrario, sia la tesi che nega la titolarità in capo ad AGCM di un interesse pubblico "proprio" (in considerazione della peculiare collocazione istituzionale delle Autorità indipendenti), sia quella che la ritiene "portatrice di un interesse sostanziale protetto dall'ordinamento", che si soggettivizza in capo ad essa, quale peculiare forma di interesse legittimo, postulano la specialità (o specificità) del giudizio ex art. 21bis, in relazione alla quale trova agevole giustificazione anche la previsione di una fase consultiva preliminare.

Reputa il Tar Lazio⁸², che la collocazione "sistematica" del nuovo potere di azione di AGCM, con l'inserimento nel corpo della legge istitutiva, tra gli articoli 21 e 22, riveli la volontà del legislatore di valorizzare la tradizionale funzione consultiva e di

Rilevante sarebbe anche la circostanza che il secondo comma non ricollega alla mancanza del parere alcuna conseguenza in termini di inammissibilità o improcedibilità del ricorso. Vi sarebbe poi una disparità di trattamento con gli enti esponenziali di interessi diffusi di natura privatistica, la cui azione non è sottoposta ad alcuna condizione.

⁸² Tar Lazio, Roma, 6 maggio 2013 n. 4451.

segnalazione (c.d. competitionadvocacy) disciplinata da tali norme e ad essa attribuita
ab origine.

La legittimazione ad agire innanzi al giudice amministrativo conferisce infatti a tale funzione (in passato, mera espressione di un'opinione dell'Autorità, ancorché suscettibile di effetti di moral suasion, sull'esistenza di "situazioni distorsive" della concorrenza derivanti da norme di legge, di regolamento o provvedimenti amministrativi) veri e propri effetti costitutivi, sia pure conseguibili in via mediata attraverso lo scrutinio giurisdizionale.

E' in ragione di tale correlazione, a parere del Collegio, *"che l'iniziativa dell'Autorità deve essere necessariamente preceduta da un'attività amministrativa procedimentalizzata, essendo il "procedimento" paradigma comune sia alle autorità amministrative tradizionali che indipendenti.*

In sostanza, come nel settore delle intese e degli abusi di posizione dominante – in cui possiede autonomi poteri di enforcement (decisori e di sanzione) – l'Autorità agisce in contraddittorio con le imprese, così è logico ritenere che, nei confronti degli eventuali abusi di potere regolatorio, e/o provvedimentale, compiuti da soggetti pubblici ad essa pariordinati (siano essi espressione dello Stato - apparato ovvero, come pure è possibile, altre Autorità indipendenti), vi sia una medesima esigenza di procedimentalizzazione, attraverso cui AGCM contestualizza e concretizza la propria valutazione circa la regola giuridica da applicare al caso concreto. In tal modo, essa concorre direttamente alla formazione, e al mantenimento, di un complessivo quadro legale atto a favorire le dinamiche della concorrenza, promuovendo il sindacato del g.a., indipendentemente dall'esistenza (o dall'iniziativa) di soggetti portatori di interessi, individuali e/o collettivi, lesi dall'attività

amministrativa.

Al riguardo, è significativo che, nello stesso contesto temporale dell'attribuzione di siffatta legittimazione ad agire, l'Autorità abbia visto ulteriormente potenziata la propria funzione di advocacy, ad esempio, ai fini dell'espressione del parere obbligatorio sulle c.d. delibere quadro relative alla gestione dei servizi pubblici locali. Come noto, tale nuova competenza, originariamente prevista dall'art. 4, commi 3 e 4, del d.l. n. 138 del 2011 (così come modificato prima dalla l. di conversione n. 148/2011, e poi, da una vorticosa serie di decreti), è stata successivamente travolta dalla declaratoria di incostituzionalità dell'intero articolo, pronunciata dalla Corte Costituzionale con la sentenza 20 luglio 2012, n. 199. E' tuttavia importante notare che, nonostante la sopravvenuta espunzione dall'ordinamento di tale fonte, l'assetto che un Ente territoriale decida oggi di dare alla gestione dei servizi pubblici locali, rimane tuttora soggetto al vaglio dell'Autorità proprio in forza dell'art. 21 –bis in esame, in quanto norma avente portata generale. Il procedimento previsto dal secondo comma non costituisce, pertanto, una mera eventualità, ma è l'espressione dell'ordinario modus procedendi dell'Autorità, in particolare là dove non sia stata dotata di poteri di enforcement ovvero di poteri consultivi tipizzati".

D'altra parte, l'opinione espressa dalla predetta giurisprudenza, e della prevalente dottrina, è oggi supportata anche dall'orientamento espresso dalla Corte Costituzionale

83

A fronte dell'impugnativa della Regione Veneto - la quale lamentava, tra l'altro, la circostanza secondo cui l'art. 21bis finirebbe «col sottoporre gli atti regolamentari ed

⁸³Corte Costituzionale, 14 febbraio 2013, n. 20.

amministrativi regionali ad un nuovo e generalizzato controllo di legittimità, su iniziativa di un'autorità statale», così travalicando i limiti desumibili dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 64 del 2005 e violando altresì gli artt. 117, sesto comma, e 118, primo e secondo comma, Cost., - la Corte ha osservato “che è inesatto parlare di «nuovo e generalizzato controllo di legittimità», là dove la norma – integrando i poteri conoscitivi e consultivi già attribuiti all'Autorità garante dagli artt. 21 e seguenti della legge n. 287 del 1990 – prevede un potere di iniziativa finalizzato a contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato (art. 21, comma 1, della legge citata) e, comunque, certamente non generalizzato, perché operante soltanto in ordine agli atti amministrativi «che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato» (norma censurata, comma 1). Esso si esterna in una prima fase a carattere consultivo (parere motivato nel quale sono indicati gli specifici profili delle violazioni riscontrate), e in una seconda (eventuale) fase di impugnativa in sede giurisdizionale, qualora la pubblica amministrazione non si conformi al parere stesso. La detta disposizione, dunque, ha un perimetro ben individuato (quello, per l'appunto, della concorrenza), compreso in una materia appartenente alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, secondo comma, lettera e, Cost.), concernente anche la potestà regolamentare, ai sensi dell'art. 117, sesto comma, primo periodo, Cost.”.

In sostanza, anche la Consulta sembra condividere la tesi di un procedimento bifasico, caratterizzato da un parere preliminare espresso dall'Autorità e da un giudizio avente un “perimetro ben individuato”, con un sindacato specificamente ed esclusivamente finalizzato ad accertare la violazione delle norme poste a tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato.

Accanto alle esposte considerazioni di carattere sistematico, sovvieni poi

l'interpretazione logico – letterale, convergente anch'essa verso un'unica tipologia di ricorso, caratterizzata da una fase consultiva preliminare che assurge a vero e proprio presupposto processuale.

La struttura della norma evidenzia infatti un primo comma, che attribuisce ad AGCM la legittimazione “ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato”.

Il secondo comma stabilisce poi le peculiari modalità di proposizione del giudizio, preceduto dalla necessaria interlocuzione con l'amministrazione autrice dell'atto sospetto di violare le norme poste a tutela della concorrenza e del mercato.

In tale ottica, si spiega, ad esempio l'utilizzo dell'espressione assertiva, secondo cui l'Autorità non già “può”, bensì “emette” un parere motivato.

Si spiega anche l'assenza di criteri direttivi, almeno in linea generale, in ordine all'opzione tra le due tipologie di ricorso.

Il terzo comma individua infine il rito applicabile (quello abbreviato, ai sensi degli artt. 119 e ss. c.p.a.).

Si tratta, a ben vedere, di una scelta coerente con l'oggetto del contenzioso, avente la stessa matrice dell'impugnativa dei “provvedimenti adottati dalle Autorità indipendenti”, pur essa soggetta al rito abbreviato ai sensi dell'art. 119, comma 1, lett.

b) del Codice del processo amministrativo.

Reputa altresì il Collegio che anche l'espressione recata dal comma 3 dell'art. 21bis in esame (“Ai giudizi instaurati ai sensi del comma 1 si applica la disciplina di cui al Libro IV, Titolo V, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104”), deponga per l'introduzione da parte del legislatore di una sola tipologia di ricorso.

Diversamente opinando, per i “giudizi di cui al comma 2”, in difetto di una diversa disposizione, non rimarrebbe che applicare il rito ordinario, in maniera però del tutto incongruente con la dimidiazione del termine per la proposizione del ricorso introduttivo.

Sarebbe poi da spiegare perché giudizi aventi il medesimo oggetto (la violazione delle norme sulla concorrenza), debbano essere sottoposti a riti diversi, a seconda che siano stati preceduti, o meno, dall'espressione di un parere preliminare.

In senso contrario alle considerazioni testé esposte, l'Autorità ha richiamato l'esigenza di flessibilità che l'art. 21- bis potrebbe soddisfare laddove le si consentisse di ricorrere direttamente, specie al fine di sollecitare, nei casi di maggiore consistenza e gravità, un'immediata pronuncia in sede cautelare.

Tale pronuncia avrebbe poi il pregio di porre AGCM sullo stesso piano dei privati, laddove, invece, il ricorso degli enti esponenziali di natura privatistica non è sottoposto a condizioni di ammissibilità.

La non divisibilità di tale ultima argomentazione risiede nel fatto che la legittimazione dell'Autorità non può assimilarsi a quella degli enti esponenziali di interessi diffusi e/o collettivi.

Questi, ultimi, infatti, pur suscettibili di “riconoscimento” da parte del legislatore, secondo gli indici normativamente stabiliti, preesistono al diritto positivo e non sono conformati da esso.

La creazione di una autorità amministrativa indipendente (sebbene forse, come sostenuto da alcuni, costituzionalmente necessitata), rimane comunque il frutto di una scelta politica discrezionale che conferisce a tale organismo non già diritti, bensì potestà amministrative, sia pure non consistenti nella tutela di un interesse pubblico tradizionale

quanto nella garanzia di un bene comune, perseguito attraverso la regolazione neutrale degli interessi di imprese, consumatori, utenti.

Quanto, poi, all'affermazione secondo cui il ricorso diretto consentirebbe di elidere con maggiore sollecitudine, mediante la richiesta di sospensione cautelare, il danno alla concorrenza, verrebbe fatto di chiedersi in base a quale criterio l'Autorità potrebbe operare la scelta tra il ricorso diretto e quello preceduto dal parere. Come è stato osservato, la valutazione del "*periculum in mora*", tipica del giudizio cautelare, si apprezza soprattutto in funzione del concreto interesse al ricorso che, nel caso in esame, manca per definizione in quanto l'Autorità non persegue il soddisfacimento di un interesse personale e concreto, ma agisce per la realizzazione dell'interesse generale alla concorrenza. Quanto, invece, al danno alla concorrenza in sé, si tratta, appunto, non di un danno soggettivo ma, semmai, come pure evidenziato in dottrina, del danno alla struttura concorrenziale del mercato in senso oggettivo. Al riguardo, va poi anche considerato che, a differenza delle parti private, l'Autorità, attraverso l'espressione del parere, può esercitare una forma di *moral suasion* che, se tempestivamente attivata, è potenzialmente in grado di condurre all'eliminazione della situazione distorsiva negli stessi tempi di un giudizio cautelare. Comunque, la necessità di dovere attendere l'esaurimento del procedimento preliminare per promuovere il ricorso, non sembra, di per sé sola, ragione sufficiente ad incrinare la piana ricostruzione della norma che si è in precedenza sintetizzata. Semmai, essa potrebbe costituire motivo per un intervento modificativo e/o chiarificatore, da parte del legislatore (ad esempio, al fine di stabilire espressamente il *dies a quo* per l'espressione del parere da parte dell'Autorità).

Non rileva, infine, che la fase procedimentale preliminare non sia espressamente definita dalla norma quale condizione di ammissibilità e/o procedibilità, o che alla mancanza e/o irregolarità di tale fase non sia espressamente ricollegata una pronuncia di inammissibilità.

Nel sistema del codice del processo amministrativo, accanto ad ipotesi di inammissibilità tipizzata (si veda ad esempio l'ultimo comma dell'art. 40, così come sostituito dall'art. 1, comma 1, lett. f) del d.lgs. n. 160/2012, relativo ai motivi proposti in violazione del principio di specificità. espressamente qualificati come inammissibili), vi è, infatti, anche una previsione di carattere generale secondo cui il ricorso deve essere dichiarato inammissibile “quando è carente l'interesse o sussistono altre ragioni ostative ad una pronuncia sul merito” (art. 35, comma 2, c.p.a.). Pertanto, l'inammissibilità può essere pronunciata ogniqualevolta si rilevi l'assenza di un presupposto indispensabile alla costituzione del rapporto giuridico processuale.

In questo senso si è espresso anche il Consiglio di Stato in una recentissima pronuncia, secondo cui: *“L'adizione di questo giudice, da parte di tale autorità (AGCM), è necessariamente preceduta, a pena d'inammissibilità, da una fase precontenziosa caratterizzata dall'emanazione, da parte sua, di un parere motivato rivolto alla pubblica amministrazione i cui atti sono sospettati di tale lesione. Nel parere sono segnalate le violazioni riscontrate e sono indicati i rimedi per eliminarli e ripristinare il corretto funzionamento della concorrenza e del mercato, donde la duplice funzione di esso. Da un lato, serve a sollecitare la pubblica amministrazione a rivedere quanto statuito, mercé la conformazione di questa agli indirizzi dell'autorità, se del caso con uno speciale esercizio della funzione d'autotutela giustificato dalla particolare rilevanza dell'interesse pubblico così coinvolto. Dall'altro, mira a tutelare*

*quest'ultimo anzitutto all'interno della stessa pubblica amministrazione, sì da concepire il ricorso a questo giudice quale extrema ratio nella risoluzione del conflitto tra due soggetti pubblici. Sicché la fase precontenziosa costituisce un significativo strumento di deflazione del contenzioso, essendo ragionevole ritenere che il legislatore guardi con disfavore le situazioni in cui due soggetti pubblici si rivolgano direttamente e solo al giudice per la tutela di un interesse pubblico primario, comune ad entrambi".*⁸⁴

4. LA NATURA DEL RICORSO GIURISDIZIONALE DELL' AGCM: GIURISDIZIONE SOGGETTIVA O OGGETTIVA?

Una volta analizzati i profili tecnici del novello istituto processuale, occorre valutare se l'art. 21-bis introduca una speciale forma di legittimazione in capo all' AGCM, sganciata dalla titolarità di una posizione giuridica qualificata e differenziata, oppure configuri una particolare forma di interesse legittimo, sulla scorta degli interessi collettivi, che trovano riconoscimento in capo ad un ente esponenziale.⁸⁵

Sul punto si contrappongono essenzialmente due impostazioni.

Secondo un primo orientamento⁸⁶, il ricorso dell'AGCM predisposto dal legislatore si inquadrerebbe sulla scia del progressivo riconoscimento in capo a degli enti esponenziali, della legittimazione processuale per la tutela di interessi diffusi.

⁸⁴ Consiglio di Stato, Sezione IV, 28 gennaio 2016, n.323

⁸⁵ GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere della legittimazione a ricorrere nell' art. 21 bis L. 287/90*, in www.giustiziamministrativa.it.

⁸⁶ SANDULLI, *Introduzione ad un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell' AGCM nell'art.21 bis l.n. 287/90*, in www.federalismi.it

L'unica particolarità che distinguerebbe questa forma di ricorso da quelle elaborate per gli interessi diffusi sarebbe da rinvenire nella circostanza che l'ente esponenziale è scelto direttamente dal legislatore, indipendentemente dai criteri di rappresentatività⁸⁷ elaborati dalla giurisprudenza per le altre forme di interessi diffusi⁸⁸.

Secondo il suesposto orientamento, l'art. 21- bis risponderebbe alla precisa scelta di favorire l'interazione tra le autorità nazionali e l'organo giudicante, sulla scorta di quanto previsto dal regolamento europeo n.1 del 2003.

In base a tale disposizione, ed ai paragrafi 31-35 della comunicazione sulla cooperazione con i giudici nazionali, la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri hanno facoltà di presentare osservazioni scritte o, previa autorizzazione dell'organo giudicante, anche orali, dinnanzi alle giurisdizioni nazionali a fini di cooperazione per la tutela della concorrenza.

Mediante l'introduzione dell'art. 21 bis si è così proceduto al rafforzamento dei poteri dell' AGCM, trasformandola da mero interveniente in una controversia già sottoposta al vaglio dell'autorità giurisdizionale ad autonomo promotore di giudizio.

In quest'ultimo senso, è stato osservato che il modello di intervento della AGCM si avvicina alla procedura di infrazione attivabile dalla Commissione UE in caso di contestazione dell'inadempienza - anche avverso atti amministrativi generali - con l'ulteriore conseguenza che tali atti sono esposti oltre che alle possibili azioni giurisdizionali dei soggetti che si ritengano lesi, anche al controllo attivato dalla Commissione dinnanzi alla Corte di Giustizia.

⁸⁷Sul punto v. *infra* Cap. I, parag. 3.1, sulla legittimazione ad agire relativamente agli interessi diffusi e agli interessi collettivi.

⁸⁸GIOVAGNOLI, *op.cit.*

Non a caso, sulla necessità di assicurare l'efficacia della giustizia amministrativa alla stregua di quanto è stato previsto, nel corso degli anni, per il rispetto del diritto comunitario da parte del diritto interno, già si era espressa autorevole dottrina⁸⁹, la quale - di fronte alla violazione di determinate tipologie di interessi - aveva rilevato l'insufficienza del controllo affidato alla sola iniziativa dei soggetti privati. Si era paventata, allora, l'ipotesi di affidare a degli enti rappresentativi della stessa normativa che risultava violata, la possibilità di ricorrere in via giurisdizionale per la tutela degli interessi lesi; in tal modo si sarebbe potuto creare *“un importante strumento per contrastare il deficit di legalità e quelle sacche di immunità che l'attuale sistema non è in grado altrimenti di superare”*⁹⁰.

Il fondamento del potere di legittimazione di tali enti veniva individuato nella violazione dell'obbligo di leale collaborazione (sancito dall'art. 120 Cost. e dall' art. 4 parag.3 TUE) che implica la lesione di un interesse specifico, qualificato e personale dell'ente la cui norma è stata violata; ciò sarebbe possibile *“perché la sussistenza di un obbligo di leale collaborazione consente di attribuire valenza intersoggettiva ad interessi qualificati di altro ente”*⁹¹.

Su questa scia, l'orientamento che non ravvede nel potere dell'AGCM un contrasto con l'art. 103 Cost., a maggior ragione ritiene di poter ravvisare la violazione di una posizione giuridica sostanziale qualificabile in termini di interesse

⁸⁹GRECO, *Il modello comunitario della procedura di infrazione e il deficit di sindacato di legittimità dell'azione amministrativa in Italia*, in Riv. it. dir. pubbl. comun., 2010

⁹⁰Come rileva l'A., *“non si può pretendere che siano i cittadini, per mezzo dei loro ricorsi, a costituire i “gendarmi” dell'ordinamento e le uniche vestali dello stesso. Anche perché in taluni casi – e soprattutto nei provvedimenti a più elevato contenuto organizzativo (si pensi agli affidamenti in house, alle proroghe delle concessioni, dei contratti, ecc.) - è difficile ipotizzare la lesione di posizioni sostanziali di singoli cittadini o imprese private, che rimangono del tutto estranei a tali vicende”*.

⁹¹GRECO, op.ult.cit.

legittimo, laddove siano violate le regole della concorrenza cui la stessa AGCM è preposta.

L'autorità Antitrust è infatti affidataria della tutela dell'interesse della concorrenza, in capo ad essa quest'ultimo si soggettivizza - specialmente nella forma dell'interesse legittimo - ravvisandosi una lesione qualificata e individualizzata ogni qualvolta si riscontri una sua violazione.

Per queste ragioni, se dal punto di vista sostanziale non sembra potersi profilare alcun contrasto con i principi cardine in tema di giurisdizione accolti nel nostro ordinamento, al più si potrebbe ravvisare la carenza di un interesse processuale dell' Autorità, consistente nella possibilità di conseguire un vantaggio personale ed attuale dalla decisione. Tuttavia, a sostegno di tale orientamento, si ritiene che non venga leso il principio dell'effettività della tutela in quanto, la circostanza che proprio il legislatore, mediante l'istituzione delle Autorità Indipendenti, abbia voluto affidare a queste ultime fette di settori rilevanti per l'ordinamento giuridico a degli enti a ciò deputati in via esclusiva, giustifica l'attribuzione in capo a questi ultimi del potere di ricorrere in via giurisdizionale per la tutela degli interessi cui sono preposte⁹².

In altre parole, l'interesse alla concorrenza viene a configurarsi non come espressione di un generico interesse al rispetto della legge, bensì come specifico interesse di cui l' AGCM è affidataria; lo stesso deve trovare la sua dimensione nell'ambito di più interessi, pubblici e privati, anche in possibile contrasto tra loro e tutela diretta nel potere di ricorso *ex lege* affidato all'AGCM dal legislatore tramite l'art. 21 bis.

⁹²SANDULLI, op.ult.cit.

Di contrario avviso coloro⁹³ i quali ritengono che la predetta fattispecie abbia introdotto un chiaro esempio di giurisdizione oggettiva all'interno processo amministrativo.

Volendo ricapitolare brevemente e per sommi capi quanto già è stato oggetto di approfondimento nel primo capitolo, i processi a contenuto oggettivo si caratterizzano essenzialmente per due elementi che li distinguono dal tradizionale modello di giurisdizione soggettiva; si fa riferimento, in particolare, al venir meno della legittimazione ad agire come condizione dell'azione e alla scoloritura del principio dispositivo, a favore di un processo improntato su maggiori poteri officiosi del giudice.

Come già accennato, l'idea che il processo amministrativo potesse adeguarsi alle forme della giurisdizione di diritto oggettivo si sviluppò contestualmente all'Istituzione, nel 1889, della prima Sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato⁹⁴. Alla base di tale dibattito vi era la considerazione di fondo che la giurisdizione amministrativa poteva avere una funzione più ampia, fino ad arrivare a risolversi nella tutela dell'interesse della legalità violata.

Tale visione, lasciò ben presto il passo alla consapevolezza che il modello giurisdizionale amministrativo non potesse che essere improntato ad una giurisdizione di tipo soggettivo, sulla base dell' art. 103 della Costituzione il quale attribuisce al Consiglio di Stato e agli altri organi della giustizia amministrativa la tutela di posizioni giuridiche qualificate nella forma dei diritti soggettivi e interessi legittimi.

⁹³ CINTIOLI, op. ult. cit.

⁹⁴ Sul punto vedi CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994, 127 ss.; cfn. anche POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, Padova, 2000, 47 ss. secondo cui, il dibattito in ordine alla natura oggettiva della giurisdizione amministrativa ne ha costituito "un vizio d'origine".

La *ratio* della giurisdizione soggettiva si rinviene nella necessità di assicurare un equilibrio tra autorità e libertà nel rapporto tra p.a. e cittadino⁹⁵, e ciò è garantito attraverso l'introduzione nel processo amministrativo di sole pretese individuali che non sconfinino nella cura dell'interesse pubblico.

Se queste sono le premesse generali, secondo il predetto orientamento, l'art. 21 bis l. 287/90 introdurrebbe un modello giurisdizionale in parte derogatorio ma non per questo in contrasto con i principi costituzionali.

In particolare, con il ricorso dell' AGCM delineato dal legislatore verrebbe meno la prima delle condizioni dell'azione che tradizionalmente caratterizzano il processo a contenuto soggettivo, ovvero la legittimazione ad agire; quest'ultima sarebbe sostituita dalla volontà legislativa che conferisce all'autorità la legittimazione ad impugnare. Non sarebbero presenti, inoltre, le ulteriori due condizioni dell'azione, ovvero l'interesse ad agire e la sussistenza di un interesse legittimo (leso) quale posizione giuridica sostanziale.

Infatti, non è possibile ritenere che l' AGCM, in quanto ente preposto in via generale alla tutela della concorrenza, sia titolare di una posizione di interesse legittimo qualificato: la sua attivazione dipende non tanto da una violazione lesiva di una posizione giuridica soggettiva individuale, bensì coincide con la lesione “ *di una sommatoria di interessi di mero fatto ascrivibili alla collettività*”⁹⁶. Ne consegue, che non sarà ravvisabile neanche un interesse ad agire dell'AGCM, in quanto non è possibile ravvisare un interesse personale in capo ad un ente che è stato istituito essenzialmente per la tutela di interessi generali in attuazione della legge.

⁹⁵CINTIOLI, op.ult.cit

⁹⁶CINTIOLI, op.ult.cit., p.16

Secondo tale impostazione, ritenere esistente un interesse legittimo, personificato in capo all'AGCM in qualità di ente esponentiale vorrebbe dire svuotare di significato tale nozione. Peraltro, anche altra parte della dottrina⁹⁷ si è orientata in tale ultimo senso, criticando l'idea che possa individuarsi in capo all'AGCM una situazione giuridica sostanziale collegata ad un bene della vita e ad un interesse pubblico specifico.

Questo tipo di ricostruzione, infatti, realizzerebbe una forzatura del concetto di "bene della vita" tradizionalmente accolto: per un verso, per bene della vita si deve intendere un'utilità sostanziale concreta protetta da una norma che il titolare di una situazione soggettiva mira ad acquisire o a conservare. Il bene della vita è per sua natura suscettibile di misurazione e risarcibile qualora subisca una lesione, sicchè non si può ritenere che lo stesso possa coincidere con la nozione di interesse pubblico genericamente inteso. Così ragionando, tutti gli enti pubblici sarebbero titolari di un interesse *strictu sensu* inteso tale da consentirgli l'adizione dell'autorità giurisdizionale ogni qualvolta ravvisino una violazione dell'interesse di cui sono portatori.

Secondo quest'ultima impostazione, negare che si possa ravvisare una situazione giuridica sostanziale autonoma in capo all'Autorità non significa equipararla ad una sorta di pubblico ministero che agisce nell'interesse generale della legge; l'AGCM, infatti, è titolare di una legittimazione *ex lege* molto più circoscritta, che ricomprende l'interesse specifico della concorrenza di cui l'Autorità è - al tempo stesso - custode e garante⁹⁸.

⁹⁷CLARICH, "I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis l. 287/90", in atti del Convegno organizzato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato su "Evoluzioni del ruolo e delle competenze delle Autorità antitrust", Roma, 27 marzo 2013.

⁹⁸CLARICH, *op.ult.cit.*

Recentemente il Tar Lazio⁹⁹ sembra aver accolto tale ultima soluzione; secondo i giudici capitolini, infatti: *“la disposizione (l’art. 21 bis), lungi dall’introdurre una ipotesi eccezionale di giurisdizione amministrativa di diritto oggettivo, in cui l’azione giurisdizionale mira alla tutela di un interesse generale e non di situazioni giuridiche soggettive di carattere individuale, che porrebbe problemi di compatibilità specie con l’art. 103 Cost. (secondo il quale gli organi della giustizia amministrativa hanno giurisdizione in materia di interessi legittimi e, nei soli casi previsti dalla legge, di diritti soggettivi), delinea piuttosto un ordinario potere di azione, riconducibile alla giurisdizione a tutela di situazioni giuridiche individuali qualificate e differenziate, benché soggettivamente riferite ad una autorità pubblica.*

L’interesse sostanziale, alla cui tutela l’azione prevista dall’art. 21 bis in capo all’Autorità Antitrust è finalizzata, assume i connotati dell’interesse ad un bene della vita: il corretto funzionamento del mercato, come luogo nel quale trova esplicazione la libertà di iniziativa economica privata, intesa come “pretesa di autoaffermazione economica della persona attraverso l’esercizio della impresa” (cfr. Cass. Sez. un. 4.2.2005 n. 2207), tutelato a livello comunitario e costituzionale, costituisce il riferimento oggettivo di una pretesa, giuridicamente rilevante e meritevole di salvaguardia, ad un bene sostanziale.

Un bene della vita, dunque, che non si risolve nel mero interesse generale al rispetto delle regole ed alla legalità dell’azione amministrativa (rispetto ai parametri di legge che regolano il funzionamento del libero mercato), ma che assume una specifica dimensione sostanziale , che si concretizza e si specifica nelle

⁹⁹Tar Lazio, sez. III- ter, 15 marzo 2013, n. 2720.

diverse fattispecie nelle quali trovano applicazione le norme a tutela del buon funzionamento del libero mercato.

Le norme sulla libertà di concorrenza disciplinano fattispecie nelle quali si muovono interessi individuali, concreti e qualificati, e quindi fondano situazioni giuridiche soggettive in capo a tutti coloro che agiscono sul mercato, imprese e consumatori, la cui violazione consente l'attivazione dei rimedi giurisdizionali (ivi compresi quelli di tipo risarcitorio).

L'Autorità AGCM, per la sua stessa caratterizzazione normativa, diventa soggetto primario della salvaguardia dell'interesse al corretto funzionamento del mercato: essa è per legge l'affidataria dell'interesse alla concorrenza, in quanto effettivamente portatrice di un interesse sostanziale protetto dall'ordinamento (nella specie, nella forma dell'interesse legittimo), che si soggettivizza in capo ad essa come posizione differenziata rispetto a quella degli altri attori del libero mercato.

E la titolarità di detto interesse ad un bene della vita dipende dalla scelta del legislatore di affidamento alla stessa Autorità dei compiti di tutela del corretto funzionamento del mercato.

L'interesse di cui l'Autorità è portatrice è interesse pubblico, benché individuale e differenziato rispetto all'interesse generale o all'interesse diffuso in maniera indistinta sulla collettività: e si specifica come interesse pubblico alla promozione della concorrenza e alla garanzia del corretto esplicarsi delle dinamiche competitive, come condizione e strumento per il benessere sociale.

Lo stesso interesse rispetto al medesimo bene della vita, dunque, viene ad atteggiarsi come pubblico o privato, a seconda del soggetto che ne è portatore nelle diverse fattispecie in cui viene in rilievo l'esigenza primaria di garanzia della

concorrenza; e proprio detto interesse, che è pubblico nella tutela apprestata dalle norme che fissano i poteri e le attribuzioni dell'AGCM, vale a fondare la legittimazione processuale di cui all'art. 21 bis citato.

Il nuovo potere dell'AGCM, più che come potere di azione nell'interesse generale della legge in uno specifico settore, effettivamente di difficile riconduzione all'interesse legittimo, diventa così, per scelta del legislatore, uno degli strumenti volti a garantire l'attuazione dell'interesse pubblico, ma pur sempre particolare e differenziato, alla migliore attuazione del valore "concorrenza", di cui è specifica affidataria l'Autorità.

E ciò anche in possibile rapporto di contrapposizione o diversità con gli ulteriori interessi, pubblici o privati, di altri soggetti che operano sul mercato, come interesse comunque leso dalla mera violazione delle norme a tutela della libertà di concorrenza, e dunque direttamente soddisfatto dal ripristino della legalità violata.

Un interesse che, proprio perché comunque leso per la mera violazione delle norme sulla concorrenza, pone un'esigenza di tutela, e di attivazione dei rimedi anche giurisdizionali di tutela, pure quando, e anche sebbene, la lesione del mercato non si traduca in una lesione particolare di posizioni giuridiche soggettive di privati (imprese, consumatori, associazioni di categoria).

Proprio la peculiarità della dimensione ontologica del bene della vita "concorrenza", e la primazia della sua rilevanza nel quadro dei valori costituzionali e comunitari, impone che la "giustiziabilità" dell'interesse al libero mercato sia garantita anche quando la violazione delle norme sulla concorrenza non evidenzia una lesione concreta di interessi di operatori privati e non sussistano quindi

posizioni giuridiche soggettive private legittimanti l'attivazione dei rimedi di reazione nell'ordinamento.

La scelta del legislatore di introduzione di un potere di azione giurisdizionale dell'Autorità a tutela di tale interesse, pubblico ma diverso dall'interesse generale al rispetto della legge affidato al potere giurisdizionale, è dunque una scelta di stretto diritto positivo, che non è condizionata dal vigente quadro costituzionale; ma che, anzi, si inserisce nell'ambito degli strumenti di garanzia di effettività del corrispondente valore costituzionale, garantendone una tutela completa.

Una scelta che completa la gamma delle attribuzioni e dei poteri che il legislatore attribuisce all'Autorità AGCM individuata come soggetto, altamente qualificato, portatore del bene della vita (la concorrenza, appunto) e quindi titolare del relativo interesse pubblico, soggettivo e differenziato rispetto all'interesse generale, da un parte, e dall'altra rispetto agli interessi particolari dei soggetti privati che possono, nelle singole fattispecie in cui venga in gioco l'attuazione della concorrenza, trovarsi in una situazione differenziata rispetto alla generalità dei consociati.

Tale forma di speciale legittimazione costituisce, per un verso, il completamento del potere già riconosciuto all'AGCM dall'art. 15 del Reg. CE n. 3/2001; per altro verso, la trasposizione interna di un procedimento previsto dalla normativa dell'Unione quale il ricorso per inadempimento promosso dalla Commissione europea dinanzi alla Corte di Giustizia contro lo Stato che violi gli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione (art. 258 TFUE).

Ed invero, l'art. 15, comma 3, del Reg. (CE) n. 1/2003 prevedeva già che le Autorità degli Stati membri potessero intervenire in un giudizio pendente dinanzi alle

giurisdizioni nazionali, presentando osservazioni scritte o, previa autorizzazione del giudice, anche orali, in applicazione degli art. 101 e 102 TFUE.

L'art. 21-bis , dunque, implementa il ruolo dell'AGCM, trasformandola da mera interveniente che svolge osservazioni a parte processuale che agisce in giudizio, per poter così assicurare la piena effettività delle regole preordinate alla tutela della concorrenza”.

5. AGCM E ART. 21 BIS L. ANTITRUST: TRA POTERI DI AMMINISTRAZIONE ATTIVA E POTERI DI NATURA GIURISDIZIONALE

Ebbene, la disciplina delineata dall’art.21 bis - e delle altre norme che sulla scia di quest’ultimo attribuiscono poteri di legittimazione attiva alle Autorità Amministrative Indipendenti - consente di mettere in luce i peculiari equilibri che permeano i rapporti tra A.A.I. e funzione amministrativa da un lato, e potere giurisdizionale dall’altro.

Il giudice amministrativo compulsato dall’Autorità Garante, di fronte alla rilevanza di beni particolarmente rilevanti per l’ordinamento, assume le vesti di “guardiano” della legalità violata, decidendo nell’interesse primario della collettività. L’ampiezza delle attribuzioni riconosciute all’Autorità Garante investe “*una grande questione istituzionale, che tocca delicati meccanismi di equilibrio tra poteri*”¹⁰⁰.

Si deve avere riguardo in particolare ai rapporti tra funzione amministrativa e potere giurisdizionale.

L’art. 21-bis nasce dall’esigenza di superare la prassi poco soddisfacente relativa ai poteri di segnalazione e consultivi attribuiti all’Autorità antitrust, che in molti casi restano senza seguito concreto da parte delle amministrazioni destinatarie. Ed infatti, poiché

¹⁰⁰LIGUORI, *La funzione amministrativa*, Ed. Scientifica, Napoli, 2013, p. 55

l'attribuzione diretta all'Autorità antitrust di poteri di annullamento di atti di altre amministrazioni poteva sembrare troppo invasiva delle competenze giurisdizionali, la soluzione prescelta è stata quella di elevare il giudice amministrativo ad arbitro finale di questo tipo di conflitto. L'impugnazione da parte dell'AGCM degli atti violativi della concorrenza adottati dalla pubblica amministrazione sollecita, infatti, il potere del giudice, chiamato a pronunciarsi su questioni che in molti casi toccano il cuore vivo della funzione, tesa globalmente a tutelare equilibri competitivi ed il corretto funzionamento del mercato.

Le relazioni intercorrenti tra la funzione amministrativa ed il potere giurisdizionale evocano con tutta evidenza l'annoso dibattito in punto di sindacabilità delle valutazioni tecnico-discrezionali dell'AGCM.

Il lungo travaglio giurisprudenziale registrabile sul punto, dimostra in sostanza il timore di riconoscere in capo al g.a. poteri in grado di alterare i sempre più precari equilibri tra attività amministrativa e potere giurisdizionale.

La posizione di chiusura della giurisprudenza prevalente, tesa ad escludere un sindacato da parte del g.a. sulle valutazioni complesse dell'AGCM, che andasse oltre un mero sindacato di ragionevolezza, era frutto, com'è stato chiarito dalla prevalente dottrina, di un equivoco di fondo.

Si tendeva, infatti, a confondere i concetti di attività discrezionale pura, intesa come ponderazione e contemperamento di interessi pubblici e privati afferente solo ed esclusivamente alla P.A., e discrezionalità tecnica “*i cui giudizi rimangono nell'ambito dell'apprezzamento tecnico e non debordano nella potestà discrezionale*”¹⁰¹. Da tale errata equiparazione conseguiva la limitazione dell'intensità del controllo del giudice e un evidente contrasto con gli art. 24 e 113 della Costituzione.

¹⁰¹GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, III, Milano 1967, 48

L'ormai acquisita consapevolezza della differenza sostanziale intercorrente tra i concetti in esame, giustifica solo per gli atti discrezionali puri la conformazione del controllo giudiziario in termini di sindacato estrinseco. In questi casi il potere del giudice è limitato alla verifica della correttezza del provvedimento sotto un profilo meramente logico-giuridico, che non investe il profilo dell'opportunità della decisione amministrativa. La stessa giustificazione, tuttavia, non può ripetersi per gli apprezzamenti tecnici, con riguardo ai quali si impone un sindacato più penetrante che possa spingersi fino alla verifica della correttezza, da un punto di vista tecnico e non solo logico-giuridico, della valutazione effettuata¹⁰².

La rivisitata delimitazione degli "spazi" tra potere pubblico e potere giurisdizionale è del resto dimostrata anche dalla implementazione delle funzioni spettanti all' Autorità dei Trasporti Pubblici ad opera dell' art. 36, comma 2, lett n), del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con la legge 24 marzo 2012, n. 27.

Tale norma ha attribuito alla neo istituita Autorità di regolazione dei trasporti la legittimazione a ricorrere in sede giurisdizionale, prevedendo che «con riferimento alla disciplina di cui alla lett. m), l'Autorità può ricorrere al Tribunale amministrativo regionale del Lazio». La richiamata lett. m) riguarda il servizio taxi e demanda a Comuni e Regioni una serie di interventi finalizzati a «garantire il diritto di mobilità degli utenti», verificando livelli di offerta del servizio, tariffe e qualità delle prestazioni, e sui quali si prevede il

¹⁰²La dottrina ha individuato più modelli di sindacato possibili, tra i quali si distingue un sindacato estrinseco, teso ad evidenziare eventuali difetti di istruttoria e di motivazione del procedimento amministrativo, un sindacato intrinseco – debole o forte in ragione del diverso grado di incidenza del controllo giurisdizionale, diretto a controllare l'attendibilità delle operazioni tecniche effettuate dall'autorità amministrativa e "idoneo in quanto tale a far riemergere la peculiarità di un controllo giurisdizionale su valutazioni che non sono propriamente amministrative". Sul punto v. LIGUORI, op.cit., p.62; per un approfondimento sul dibattito sviluppatosi in merito ai modelli di vaglio giudiziale sulle valutazioni tecniche si rinvia a VILLATA RAMAJOLI, il *Provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 117.

parere dell'Autorità: parere in senso proprio, in quanto preventivo ed obbligatorio e dal quale sarà possibile discostarsi con idonea motivazione.

A ben vedere, tale disciplina non risulta completamente aderente a quella delineata dall'art.21 bis per almeno due ordini di ragioni: l'assenza di una espressa regolamentazione processuale del potere esercitabile dall'Autorità dei trasporti, e il diverso rilievo del parere preventivo richiesto alle autorità prima del formale esercizio del ricorso giurisdizionale. Da quest'ultimo punto di vista il parere adottato dall'AGCM ai sensi dell'art. 21 bis è piuttosto assimilabile ad un sostanziale atto di diffida, che non sollecita l'esercizio dei poteri di autotutela da parte dell'amministrazione (analogamente a quanto previsto dall' istituto del preavviso di ricorso disciplinato dall'art. 243 del Codice dei contratti pubblici), bensì lo impone. Diversamente, il parere richiesto dall'art 36 d.l. 2102 , si configura come strumento di collaborazione tra amministrazioni, che favorisce senz'altro un dialogo istituzionale tra l'amministrazione e l'Autorità, in una logica completamente differente da quella prevista dall'art. 21 bis.

Con la consapevolezza delle differenze che tali discipline recano in sé, non si possono non cogliere, a parer di chi scrive, i notevoli spunti riflessivi che le stesse offrono all'interprete. Ed invero, i poteri riconosciuti all'Autorità Garante e quelli conferiti all'ormai costituenda Autorità dei trasporti, dimostrano come sia in atto la tendenza alla devoluzione al giudice amministrativo della risoluzione di controversie tra pubbliche amministrazioni non potendo tale fenomeno, non alterare (almeno parzialmente) i tradizionali equilibri tra pubblica funzione e potere giurisdizionale.

6. IL RILIEVO DEL BENE GIURIDICO CONCORRENZA NELL'ESEGESI DELL'ART. 21 BIS

E I POTERI DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO: LA TUTELA DEL *CONSUMER WELFARE*

**COME BRECCIA NEL SISTEMA PER UN DIRITTO LIBERO IDONEO A FAR
SCONFINARE I POTERI DEL GIUDICE NEL CD. MERITO AMMINISTRATIVO**

La perimetrazione dei rapporti tra potere amministrativo e potere giurisdizionale passa anche per il corretto inquadramento della nozione di concorrenza.

L'art. 21 bis, infatti, riconoscendo il potere dell'AGCM di impugnare gli atti violativi della concorrenza, impone preliminarmente di indagare l'autentico significato di tale concetto.

A seconda che si aderisca ad un approccio interpretativo *economico-sostanziale* o ad un metodo *giuridico-formale*¹⁰³, infatti, si potranno presentare diverse e importanti ripercussioni in punto di giurisdizione, anche e soprattutto in relazione al più o meno ampio sindacato del giudice amministrativo.

La nozione di concorrenza non può essere concepita in modo univoco: la sua corretta individuazione, infatti, è fortemente legata alla scienza economica e alle sue continue variazioni.

In linea di massima due sembrano le strade percorribili dall'interprete: o si ritiene che la concorrenza costituisca l'ordine naturale del mercato, oppure si deve sostenere che il corretto sviluppo dei mercati sia frutto di un insieme di regole e divieti predisposti dalle istituzioni.

Diverse sono le conseguenze derivanti dall'adesione al primo o al secondo modello.

Nel primo caso, infatti, l'ordinamento giuridico si dovrebbe limitare ad apprestare una serie di precetti (comandi e divieti), di istituzioni (come le Autorità Amministrative

¹⁰³SANDULLI, *Introduzione ad un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell' AGCM nell'art.21 bis l. n. 287/90*, in www.federalismi.it

Indipendenti) e di poteri (conoscitivi e sanzionatori) funzionalizzati ad assicurare una garanzia neutrale a tali valori non propriamente giuridici.

Se invece si dovesse aderire alla tesi secondo cui in natura non è dato riscontrare un ordine naturale del mercato, è evidente che l'ordinamento giuridico e le sue istituzioni svolgerebbero un ruolo attivo nel sistema, tale da fargli perdere la veste della neutralità ed imparzialità rispetto a tali dinamiche.

Il primo modello si fonda, a ben vedere, su una presunzione di liceità del comportamento degli operatori, almeno fino a quando non intervenga un precetto normativo o un provvedimento amministrativo che li qualifichi come illeciti e quindi li vieti. Nel secondo caso, al contrario, gli atti e le condotte idonee a restringere o alterare il gioco concorrenziale sono considerate *ipso iure* illecite, per cui l'eventuale liceità di una restrizione alla concorrenza dovrà essere previamente riconosciuta da un'Autorità amministrativa o giurisdizionale.

In tale ultimo caso la tendenza sarebbe anche quella di concepire l'intervento dello Stato nell'economia come non esclusivamente diretto alla tutela della concorrenza in senso proprio, ma finalizzato anche alla protezione del *consumer welfare*. Una simile impostazione metodologica porterebbe, come è stato osservato da una parte della dottrina, a conseguenze inaccettabili nel sistema, consentendo da una parte un intervento pubblico diretto nell'economia, dall'altro, attribuendo al giudice poteri inimmaginabili volti a sfociare nella sfera di potere riservata alla pubblica amministrazione.

Il rischio cui si va incontro accedendo ad un approccio economico-sostanziale della nozione di concorrenza è quindi molto elevato. Per poter definire in termini di illiceità un comportamento lesivo della concorrenza occorrerebbe dimostrare prima ancora della violazione della norma in senso formale, anche un effetto sostanziale negativo. E tale

effetto negativo consisterebbe appunto proprio nella lesione del *consumer welfare*. In quest'ottica il diritto Antitrust tutelerebbe il benessere del consumatore, per cui solo laddove sia riscontrata la lesione di quest'ultimo sarà possibile individuare un comportamento illecito. Tuttavia, pur volendo concepire il diritto Antitrust come diritto a tutela del *consumer welfare*, sarebbe davvero difficile individuare una categoria omogenea di soggetti che esprimono tutti insieme dei valori comuni. Nel sistema concorrenziale non esiste un benessere del consumatore in quanto tale: il mercato è caratterizzato da interessi in contrasto tra di loro, interessi rispetto ai quali l'Autorità interviene bilanciando le opposte esigenze e ricomponendo i conflitti.

Diversamente il metodo giuridico-formale ribadisce l'importanza della cornice legale di riferimento: secondo tale approccio l'illecito sussiste quando è stata violata la legge e non quando sia stato procurato un danno al consumatore.

Sostenere il contrario vorrebbe dire aprire la porta ad un diritto libero, dove la soglia di punibilità di un dato comportamento dipenderebbe dalle personali convinzioni di un'Autorità amministrativa.

Il problema della corretta interpretazione della nozione di concorrenza si riannoda alla già accennata tematica dei rapporti tra potere pubblico e giudice amministrativo.

Si tratta di verificare come tale dibattito possa incidere sulla corretta delimitazione dell'ambito applicativo della norma, stabilendo in primo luogo cosa debba intendersi per violazione della concorrenza e decidere se, per poterla definire, sia sufficiente guardare dato normativo ed al modo in cui il diritto vivente ne ha contornato i tratti, o se invece si debba registrare una lesione effettiva del consumatore.

Realizzando l'art. 21 bis una forma di giurisdizione *sui generis* diretta alla realizzazione dell'interesse generale della concorrenza, si devono definire i confini di tale

ultimo interesse, allo scopo di stabilire se esso possa essere letto come ispirato in termini sostanziali alla realizzazione del *consumer welfare*.

Si tratta di valutare in che modo la mutevolezza del significato del bene giuridico concorrenza (in un'ottica non solo nazionale, ma soprattutto europea), e le esigenze di tutela sottese al rafforzamento dei poteri dell' Antitrust, possano trovare un giusto punto di equilibrio, in quanto, com'è stato osservato da un'autorevole dottrina, “ *il solo controllo di legittimità - esclusa ogni esondazione nel merito, riservata ai soli provvedimenti sanzionatori - rischia di collocarsi al di sotto della soglia di incisività che la materia impone, mentre lo sviluppo di una proprietà transitiva che, attraverso il controllo giudiziale stimolato dall'iniziativa dell' Autorità trasferisca sul giudice la verifica delle valutazioni da quest'ultima compiute, ben si presta ad inappropriate tracimazioni della funzione giurisdizionale*”¹⁰⁴.

Interpretare in modo estensivo una norma che già racchiude in sé i tratti dell'eccezionalità, potrebbe portare a conseguenze molto rischiose nel nostro sistema giurisdizionale. Il *consumer welfare* infatti, consentirebbe al giudice amministrativo, su impulso dell'Autorità, di sconfinare nelle “praterie” del merito amministrativo determinando un'intollerabile interferenza del potere giurisdizionale nella sfera del potere pubblico.

¹⁰⁴CINTIOLI, *op.ult.cit.*

CAPITOLO III

I POTERI OFFICIOSI DEL G.A. ALLA LUCE DELLE RECENTI PRONUNCE DELL' ADUNANZA PLENARIA

1. IL CONTENZIOSO RELATIVO ALLE PROCEDURA DI AGGIUDICAZIONE DI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE : RAPPORTI TRA RICORSO PRINCIPALE E RICORSO INCIDENTALE CD. ESCLUDENTE, PROFILI DI GIURISDIZIONE OGGETTIVA.

Un ulteriore settore in cui il modello processuale si atteggia in modo particolare, essendo connotato da caratteristiche devianti rispetto al tradizionale modello di stampo soggettivo, è quello del contenzioso relativo alle procedure di aggiudicazione di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Più in particolare, autorevole dottrina¹⁰⁵ ha evidenziato che il modello di giurisdizione di tipo oggettivo presenta tre peculiarità rinvenibili nella presenza di poteri speciali e potenziati in capo al g.a., nella esigenza di tutelare interessi pubblici particolarmente sensibili ed infine nel riconoscimento di una legittimazione a ricorrere più ampia¹⁰⁶.

Tanto premesso, è opportuno controllare se queste tre caratteristiche siano tutte riscontrabili nel settore del contenzioso in materia di contratti pubblici per verificare, quindi, se si è o meno in presenza di un'ipotesi di giurisdizione oggettiva.

¹⁰⁵ CARBONE, *Legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.* -2/2014, p.445 e ss.

¹⁰⁶ In questo caso si deve avere riguardo alla nozione di giurisdizione a contenuto oggettivo intesa nel senso di concreto atteggiarsi dei poteri del g.a. anche alle luce delle più recenti pronunce che gli hanno conferito massimi poteri nella regolazione del rapporto processuale. Vedi *Infra* Cap.I, paragr. 4

Sul punto, appare sin da subito chiaro che i primi due elementi di specialità sono certamente entrambi presenti; maggiori dubbi, invece, sorgono in relazione alla terza ed ultima peculiarità. Ed infatti, da un lato, il giudice amministrativo è in quest'ambito dotato di poteri particolari e speciali¹⁰⁷ e, dall'altro, la materia indubbiamente tocca interessi di particolare rilievo, addirittura di rango comunitario, come la tutela della concorrenza. Non si rinvencono, invece, tracce così evidenti circa la sussistenza della terza ed ultima caratteristica che connota la giurisdizione di tipo oggettivo, ossia il riconoscimento di una legittimazione ad agire più ampia.

In mancanza di specifiche previsioni normative, occorre, dunque, valutare se nel campo del contenzioso relativo alle procedure di aggiudicazione di contratti pubblici sussista una legittimazione a ricorrere più ampia; in caso di risposta affermativa, se questa sia la regola o, viceversa, l'eccezione; e se, sulla presente tematica, svolgano un'influenza determinante gli altri due elementi di specialità propri dei modelli processuali di tipo oggettivo – ovvero, poteri speciali del g.a. e tutela di interessi sensibili.

La questione ha acquistato connotati di particolare importanza, tanto da aver coinvolto la dottrina interna e la giurisprudenza nazionale e sovranazionale, in un caso particolare relativo ai rapporti che intercorrono tra ricorso principale avverso l'aggiudicazione di un appalto pubblico e ricorso incidentale cd. escludente ossia

¹⁰⁷Si fa riferimento, a titolo esemplificativo, ai particolari poteri riconosciuti al g.a. dagli artt. 121 e 122 c.p.a. Sul punto si richiama, senza pretesa di completezza, FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n.53 e negli artt. 120-124 del Codice del processo amministrativo*, in *Dir.proc.amm.* 2010,1067 ss.; GRECO, *La direttiva 2007/66/ce: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv.it.dir.pubbl.com.*,2008, 1029 ss.; STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir.proc.amm.*,2011, 1024; DE NICTOLIS, artt.121-125, in A. Quaranta, V. Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, 1013 ss.; LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti sul contratto, poteri del giudice*, in *Giustamm.it*, 2010 ed altri.

mirante a far valere l'illegittima partecipazione del ricorrente principale alla gara, facendo così venir meno la sua legittimazione a ricorrere, in particolar modo nel caso in cui la gara sia con soli due partecipanti ed anche il ricorso principale sia diretto a far valere l'illegittimità della partecipazione dell'aggiudicatario.

In disparte le problematiche inerenti all'inquadramento giuridico dell'istituto del ricorso incidentale, della sua natura e della relativa funzione¹⁰⁸, la *vexata quaestio* attiene all'ordine di trattazione dei ricorsi, principale ed incidentale.

A tal proposito, la regola generale prevede che tra i due vada esaminato prioritariamente il ricorso principale data la natura accessoria e condizionata del ricorso incidentale. Ne consegue che nel caso in cui il primo fosse infondato, improcedibile o inammissibile, il secondo diverrebbe improcedibile e non potrebbe, quindi, essere esaminato.

Tuttavia tale regola va coordinata con la previsione che disciplina l'ordine di trattazione dei motivi di ricorso, ossia l'art. 276 c.p.c. cui rinvia l'art. 76, comma 4, c.p.a.. In particolare, tale norma dispone che il giudice debba esaminare dapprima le questioni di rito e, successivamente quelle di merito; e, all'interno delle prime,

¹⁰⁸In proposito una prima ricostruzione qualifica il ricorso incidentale come eccezione processuale in quanto teso unicamente ad ostacolare il ricorso principale facendo valere la relativa inammissibilità. Da ciò conseguirebbe che l'accoglimento dello stesso non potrebbe mai condurre all'annullamento del provvedimento impugnato con il ricorso principale; l'unico risultato ottenibile sarebbe la reiezione del ricorso principale per inammissibilità e la conservazione della posizione di vantaggio pregressa. Secondo altra differente impostazione, invece, il ricorso incidentale avrebbe natura di domanda riconvenzionale poiché attraverso lo stesso verrebbe proposta in giudizio una diversa azione introducendo un *thema decidendum* nuovo. In quest'ottica il ricorso incidentale sarebbe finalizzato non già alla mera reiezione del ricorso principale ma altresì all'annullamento del provvedimento impugnato (per motivi diversi da quelli fatti valere nel ricorso principale) o di un atto allo stesso connesso. Sul punto, a ben vedere, è presente una terza ricostruzione più recente che, preso atto dell'impossibilità di ricondurre il fenomeno ad unità, ritiene che il ricorso incidentale possa assumere le vesti tanto dell'eccezione processuale quanto della domanda riconvenzionale a seconda dei casi. (Per una ricostruzione più ampia cfr. *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, M. SANTISE, Giappichelli, Torino, 2016, p. 493 e ss.).

verificare con priorità la sussistenza dei presupposti processuali e, poi, delle condizioni dell'azione.

Le due questioni, rispettivamente dell'ordine di trattazione dei ricorsi (principale ed incidentale) e dei motivi di ricorso, si intrecciano nel caso sopra evidenziato in cui il ricorso incidentale mira a neutralizzare il ricorso principale attraverso questioni di carattere processuale. In tale ipotesi, infatti, sembrerebbe che la regola generale per cui il giudice procede all'esame prioritario del ricorso principale non troverebbe applicazione, dovendo egli verificare dapprima le questioni processuali prospettategli.

Ma la soluzione non è poi così pacifica involgendo, come di seguito si avrà modo di spiegare, tematiche ben più ampie e complesse come la stessa tenuta del nostro modello processuale di stampo soggettivo.

Ed infatti numerose sono state le ricostruzioni prospettate, sia in dottrina che in giurisprudenza.

Più precisamente, secondo un primo filone dottrinale¹⁰⁹ andrebbero esaminati entrambi i ricorsi contestualmente, non sussistendo nessun tipo di priorità tra i due.

A sostegno si evidenzia che così come l'accoglimento del ricorso incidentale priva di legittimazione il ricorrente principale, anche l'accoglimento del ricorso principale, allo stesso modo, fa venir meno la *legitimatio ad causam* dell'aggiudicatario, essendo entrambi i ricorsi fondati sulle medesime questioni.

¹⁰⁹PELLEGRIO, *Effetto paralizzante del ricorso incidentale. Necessità di un ripensamento*, in *Giustamm.it*, 2006.

In applicazione di quanto detto, entrambi i ricorsi andrebbero accolti e l'intera procedura annullata atteso che il ricorrente principale è titolare di un interesse "strumentale" alla rinnovazione della gara attraverso l'indizione di un nuovo bando. A ragionare diversamente, e cioè ad ammettere l'esame prioritario del ricorso incidentale, si farebbe dipendere l'esito della causa unicamente da una scelta giudiziaria, conclusione che non appare accettabile.

Tale impostazione non è andata, però, esente da critiche. Ed infatti, da un lato, si è obiettato che il rigoroso ordine di trattazione dei motivi di ricorso impone l'esame prioritario delle questioni processuali e, dunque, la trattazione precedente del ricorso incidentale atteso che il suo accoglimento farebbe venire meno la legittimazione ad agire del ricorrente principale precludendo, così, l'analisi del merito del relativo ricorso; e, dall'altro, si evidenzia che l'assimilazione delle posizioni dei due ricorrenti è solo una suggestione poiché in realtà il ricorrente principale mira ad ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione - questione che rappresenta il merito della causa - , mentre il ricorrente incidentale ha come obiettivo unicamente la dichiarazione di inammissibilità del ricorso principale per l'assenza di una delle condizioni dell'azione, il cui accertamento costituisce una questione di rito.

Sulla scorta di tali argomentazioni, quindi, un secondo orientamento dottrinale¹¹⁰ sostiene che il giudice debba procedere all'esame prioritario del ricorso incidentale poiché lo stesso facendo valere una questione pregiudiziale di rito ha carattere paralizzante rispetto al ricorso principale. In altri termini, l'accoglimento del ricorso incidentale cd. Escludente, che mira quindi a far valere l'esclusione dalla

¹¹⁰VILLATA, *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, p. 285 e ss.

gara del ricorrente principale, priva lo stesso della legittimazione ad agire comportando, così, l'inammissibilità del relativo ricorso.

Quest'ultima ricostruzione è stata per lungo tempo accolta in giurisprudenza; è solo a partire dai primi anni del 2000 che si è fatto strada in sede pretoria anche l'orientamento avverso.

Più precisamente, un primo segnale in tal senso è rintracciabile in una pronuncia del Consiglio di Stato del 2002¹¹¹ in cui, in un *obiterdictum*, il Supremo Consesso afferma che, nei casi in cui la gara riguardi unicamente due sole imprese partecipanti che, con impugnazioni reciproche, fanno valere vicendevolmente l'illegittimità della partecipazione alla gara, *“potrebbe apparire più congrua una decisione che, disponendo l'annullamento degli atti contestati, determini il rinnovo delle operazioni concorsuali”*.

In tale sentenza il Consiglio, dunque, pur ribadendo la propria adesione all'orientamento secondo cui il ricorso incidentale va esaminato prioritariamente se paralizzante rispetto al ricorso principale, mostra nell'*iter* motivazionale di aprire le porte all'accoglimento della ricostruzione avversa in un determinato caso particolare.

Il contrasto giurisprudenziale sorto sul punto ha reso, quindi, necessario l'intervento chiarificatore dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in funzione nomofilattica che è, così, intervenuta nel novembre del 2008¹¹².

In tale occasione è stato affermato che, in assenza di una espressa previsione legislativa, il giudice può scegliere liberamente l'ordine con cui trattare i ricorsi,

¹¹¹ Consiglio di Stato, Sez. V, 8 maggio 2002, n. 2468.

¹¹² Consiglio di Stato, Ad. Pl., 10 novembre 2008, n. 11.

principale ed incidentale, facendo applicazione dei principi di economia processuale e di logicità; con la conseguenza che andrà esaminato con priorità il ricorso che appare essere dirimente ai fini della risoluzione della controversia.

Tuttavia, ciò è vero fintanto che non ci si trovi nell'ipotesi di gara con due sole imprese partecipanti che impugnano reciprocamente la legittimità della partecipazione dell'altra richiedendone, dunque, la relativa esclusione. In questo caso, infatti, il giudice è tenuto ad esaminare entrambi i ricorsi e, nel caso in cui gli stessi appaiano entrambi fondati, accoglierli.

A sostegno si evidenzia che le posizioni dei due ricorrenti risultano essere simmetriche ed equivalenti sicché aderire ad una soluzione diversa provocherebbe una evidente e palese violazione del principio di parità delle armi ed imparzialità del giudice consacrati negli articoli 111, comma secondo della Costituzione e 6 CEDU. In nessun caso, infatti, mere scelte giudiziarie possono condizionare negli esiti la risoluzione della controversia, neanche quelle attinenti all'ordine di trattazione dei ricorsi. Si evidenzia, infine, che il ricorrente principale è comunque titolare di un interesse minore e "strumentale" a che venga annullata l'intera procedura di gara e ne venga indetta una nuova.

L'intento dell'Adunanza Plenaria di offrire ordine e chiarezza non può dirsi, però, raggiunto poiché la ricostruzione offerta in questa pronuncia è stato oggetto di serrate critiche, tanto da rendere necessario un ulteriore intervento del Consiglio di Stato in composizione plenaria.

Più precisamente, le obiezioni prospettate riguardano un duplice profilo. In primo luogo è stata criticata la nozione di "interesse strumentale" in quanto carente

di attualità e concretezza atteso che il rinnovo della gara non costituisce -eccetto casi particolari- un obbligo per la PA, essendo, viceversa, tale scelta di carattere prettamente discrezionale. In secondo luogo, e per quanto in questa trattazione ancor più interessa, è stato evidenziato che la ricostruzione fornita in tale pronuncia sembra prospettare ed aderire ad un modello processuale di stampo oggettivo, non accolto nell'ambito del giudizio amministrativo. Ed infatti, pare che oggetto del sindacato del giudice non sia più la posizione giuridica soggettiva ricollegata all'esercizio del potere autoritativo di cui si fa valere la illegittimità, quanto piuttosto la legittimità della gara in sé. Autorevole dottrina¹¹³ ha a tal proposito sottolineato che la nozione di interesse legittimo che emerge dalla sentenza in questione come interesse alla legittimità *tout court* dell'azione amministrativa e, quindi al rispetto del buon andamento e imparzialità della PA, appare del tutto anacronistica.

D'altro canto, coloro i quali avversano la ricostruzione fornita dall'Adunanza Plenaria evidenziano che neppure può dirsi violato il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato per effetto dell'efficacia paralizzante del ricorso incidentale che impedirebbe al giudice di pronunciarsi sull'intera domanda -come alcuni sostenevano - poiché, a ben vedere, l'effetto naturale dell'accoglimento di qualsiasi eccezione di rito consiste nella preclusione dell'esame del merito senza che per ciò solo possa dirsi violato il principio di cui all'art. 112 c.p.c.

1.1 LA GIURISPRUDENZA INTERNA PRIMA E DOPO LA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA (SENTENZA FASTWEB, 4 LUGLIO 2013, C-100/2012).

¹¹³MARINELLI, *Ricorso incidentale e ordine di esame delle questioni*, (in margine a Cons. St., A.P., 10.11.2008, n. 11), in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, p. 628.

Le considerazioni critiche ora svolte, ma soprattutto la preoccupazione della deriva oggettivistica che stava caratterizzando il modello processuale del giudizio amministrativo, hanno indotto la giurisprudenza a mutare radicalmente orientamento. Nell'aprile del 2011¹¹⁴, così, il Consiglio di Stato in adunanza plenaria è tornato nuovamente sulla *vexata quaestio*, stravolgendo le conclusioni cui era giunto pochi anni prima.

Più precisamente, il principio di diritto affermato è che, indipendentemente dal numero di imprese partecipanti alla gara, il giudice deve sempre necessariamente esaminare prima il ricorso incidentale cd. escludente, con la conseguenza che, nell'ipotesi in cui lo stesso sia accolto, resta definitivamente precluso l'esame del ricorso principale. Al contrario, andrà valutato con priorità il ricorso principale nei soli casi in cui è manifestamente evidente la relativa infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcebilità, e ciò per indiscutibili ragioni di economia processuale.

A sostegno si evidenzia che la legittimazione ad agire per contestare gli atti di gara presuppone la legittima ammissione alla partecipazione della gara. Se, dunque, in accoglimento del ricorso incidentale cd. escludente, è dichiarata l'illegittimità dell'ammissione alla gara dell'impresa ricorrente principale viene meno la sua legittimazione ad agire e, conseguentemente, il relativo ricorso sarà inammissibile.

L'enucleazione del cd. interesse "strumentale" al rinnovo della gara non vale a sanare tale situazione, atteso che non si tratta di un interesse legittimo qualificato e differenziato, ma di un generico interesse al rispetto della legalità come tale non azionabile. Consentendo a tale interesse "strumentale" di fondare la posizione

¹¹⁴ Consiglio di Stato, Ad. Pl., 7 aprile 2011, n. 4.

legittimante l'impugnazione si aprono le porte ad un modello di giurisdizione di tipo oggettivo, disancorato dalla singola posizione giuridica soggettiva fatta valere.

Osserva in proposito l'Adunanza Plenaria: “ *In sé considerata, la semplice possibilità di ricavare dall'invocata decisione di accoglimento una qualche utilità pratica, indiretta ed eventuale, non dimostra la sussistenza della posizione legittimante. [...] il possibile vantaggio ottenibile dalla pronuncia di annullamento non risulta affatto idoneo a determinare, da solo, il riconoscimento di una situazione differenziata, fondante la legittimazione al ricorso*”. Si tratta di un'utilità “*meramente ipotetica o eventuale*” atteso che l'ottenimento della stessa è rimesso ad una scelta puramente discrezionale della Pubblica Amministrazione. Questa aspettativa, secondo il Consiglio, “*non si distingue da quella che potrebbe vantare qualsiasi operatore del settore, che aspiri a partecipare ad una futura selezione*”¹¹⁵.

All'indomani della presente pronuncia, tuttavia, il dibattito può dirsi tutt'altro che sopito. Tre sono i segnali che mostrano un'irrequietudine giurisprudenziale nell'accettare la ricostruzione fornita dall'Adunanza Plenaria nella sentenza del 2011: l'ordinanza di rimessione con cui il Tar Piemonte investe la Corte di Giustizia dell'Unione Europea della questione in esame per verificare se l'ultimo arresto giurisprudenziale potesse ritenersi conforme alla disciplina comunitaria; le perplessità mostrate dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione circa la validità della soluzione da ultimo offerta dal Supremo Consesso amministrativo; ed infine la circostanza che, per ben la terza volta, la questione in esame è stata sottoposta

¹¹⁵ In senso conforme all' Ad. Pl. 4/2011 cfr. anche Cons. St., Sez. VI, 15 giugno 2011, n. 3655, secondo cui “*l'imporre che, anche in difetti della qualità per agire (la giusta partecipazione alla gara), le sue censure siano comunque trattate darebbe illegittimamente vita, in pratica, ad una derogatoria giurisdizione di diritto oggettivo, contraria all'ordinamento e dunque al principio di legalità*”.

nuovamente all'attenzione dell'Adunanza Plenaria attraverso due ordinanze di rimessione delle sezioni semplici¹¹⁶.

Più precisamente, nel febbraio 2012, il Tar Piemonte¹¹⁷, non persuaso dalla ricostruzione fornita pochi mesi prima dall'Adunanza Plenaria, interpella il Giudice comunitario sulla compatibilità della stessa con il diritto comunitario. Sostengono, infatti, i Giudici piemontesi che, in caso di accoglimento del ricorso incidentale cd. escludente, debba allo stesso modo essere esaminato anche il ricorso principale mirante a far valere la illegittima partecipazione alla gara dell'impresa aggiudicataria - ricorrente incidentale poiché l'interesse "strumentale" alla rinnovazione della gara, che assume concretezza nel caso in cui il ricorso principale appaia fondato, deve poter trovare ingresso nella disamina giurisdizionale. A ragionare diversamente, verrebbe attribuita *"un'ingiustificata posizione di vantaggio (sia processuale sia sostanziale) all'impresa che è, sì, aggiudicataria ma che lo è diventata (così come dimostrato dalla fondatezza del ricorso principale) in modo non corretto o non legittimo"*.

Nella medesima prospettiva si collocano le considerazioni effettuate dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹¹⁸ che, chiamate a pronunciarsi su profili di giurisdizione attinenti alla sentenza n. 4 del 2011 dell'Adunanza Plenaria, mostrano non poche perplessità sulla ricostruzione fornita dal Supremo Consesso amministrativo in tale occasione. La Corte sottolinea, infatti, che *"l'aggiudicazione può dar vita ad una posizione preferenziale soltanto se acquisita i modo legittimo e*

¹¹⁶ Cons. St., Sez. V, ord. n. 2059 del 15 aprile 2013 e Cons. St., Sez. VI, ord. n. 2681 del 17 maggio 2013.

¹¹⁷ Tar Piemonte, Sez. II, ord. n. 208 del 9 febbraio 2012.

¹¹⁸ Cass. SS.UU., 21 giugno 2012, n. 10294.

che la realizzazione dell'opera non rappresenta in ogni caso l'aspirazione dell'ordinamento". D'altro canto si evidenzia che, tra due ricostruzioni differenti, *"il giudice dovrebbe privilegiare quella che assicura e non quella che ostacola la somministrazione della tutela e la piena attuazione della legge"*. La Corte mostra, così, di prediligere il filone giurisprudenziale consacrato nell'Adunanza Plenaria n. 11 del 2008.

È in questo contesto giurisprudenziale che si inserisce la sentenza della Corte di Giustizia¹¹⁹ che, nel luglio 2013, pronunciandosi sulla ordinanza di rimessione del Tar Piemonte, conclude per l'incompatibilità dell'orientamento fatto proprio dall'Adunanza Plenaria del 2011 con l'ordinamento comunitario. In particolare, la norma che si assume violata è l'art. 1, par. 3 della Direttiva ricorsi secondo cui le procedure di ricorso devono essere accessibili *"almeno a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione"*.

Il principio di diritto espresso è, dunque, il seguente: deve essere ammesso l'esame congiunto del ricorso principale e di quello incidentale quando a) si versa all'interno del medesimo procedimento; b) gli operatori in gara sono due; c) il vizio che affligge le offerte è identico per entrambe. In presenza di queste tre circostanze, infatti, *"ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicataria a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare"*.

¹¹⁹ Corte di Giustizia, 4 luglio 2013, in causa C-100/2012.

Il Giudice comunitario, dunque, da un lato risolve nel merito la specifica questione sottoposta alla sua attenzione, dall'altro, però, non si pronuncia in alcun modo sulle problematiche di carattere processuale che hanno animato il dibattito interno. Non si preoccupa, in altri termini, di verificare come la ricostruzione fornita possa risultare compatibile con il modello giurisdizionale amministrativo italiano di carattere soggettivo, né tantomeno chiarisce quale sia la posizione giuridica soggettiva che legittima il ricorso. Tale compito è, così, spettato alla giurisprudenza interna, ed in particolare all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato¹²⁰ che, sollecitata dalla due ordinanze di rimessione cui sopra si è fatto riferimento, si è pronunciata all'indomani della sentenza della Corte di Giustizia europea.

Ed infatti, con il precipuo obiettivo di scongiurare una frizione con i principi cardine del modello giurisdizionale soggettivo tipico del giudizio amministrativo, il Consiglio ricostruisce la questione nell'ottica di un rapporto di regola ed eccezione: la regola è rappresentata dalla ricostruzione fornita dall'Adunanza Plenaria 4/2011 e l'eccezione dalla pronuncia della Corte di Giustizia europea.

In questa prospettiva, dunque, resta fermo il principio secondo cui la legittimazione ad agire è correlata alla regolare partecipazione alla gara, con la conseguenza che la mera partecipazione di fatto (ad esempio nei casi di illegittima ammissione alla gara) non è sufficiente a fondare la *legitimatio ad causam*.

L'interesse "strumentale" al rinnovo della gara-si sostiene- intanto può trovare tutela, in quanto il rinnovo dell'attività amministrativa è obbligatorio;

¹²⁰ Cons. St., Ad. Pl., 25 febbraio 2014, n. 9.

altrimenti, si configura come un interesse collegato ad un'attività meramente ipotetica o eventuale, e non può, quindi, essere azionato.

In ossequio a queste considerazioni, il Consiglio aderisce alla ricostruzione fornita dall'Adunanza Plenaria del 2011 e ne riprende, così, i punti fondamentali.

Più precisamente, si precisa che il giudice ha il dovere di decidere la controversia secondo l'ordine logico che, di regola, pone la priorità delle questioni di rito su quelle di merito; e tra quelle di rito la priorità dell'accertamento dei presupposti processuali rispetto alle condizioni dell'azione. E ciò è coerente con la funzione svolta dalle condizioni dell'azione che costituiscono uno strumento deflattivo e di filtro delle domande proposte; fino ad assumere l'aspetto di un vero e proprio controllo di meritevolezza degli interessi in gioco, rappresentando così, l'espressione del divieto di abuso del processo, il tutto calato all'interno di un sistema ispirato al principio della domanda e al principio dispositivo.

Ne consegue che, di regola, il giudice deve esaminare prioritariamente il ricorso incidentale cd. escludente che sollevi, cioè, un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario. Tuttavia, è ammesso l'esame prioritario del ricorso principale per ragioni di economia processuale nei casi in cui appaia manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile. Quando, invece, il ricorso incidentale non presenta carattere escludente non va esaminato con priorità rispetto al ricorso principale.

Questa regola incontra, però, una considerevole eccezione nel caso specifico su cui si pronuncia la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, e cioè nel caso in cui ci si trovi all'interno di un medesimo procedimento, gli operatori rimasti in gara

siano soltanto due e il vizio che affligge le offerte sia identico per entrambe¹²¹. In questa situazione, infatti, il giudice dovrà procedere all'esame congiunto del ricorso principale e di quello incidentale.

A ben vedere, sottolinea la Plenaria, *“in concreto neppure si pone un problema di esame prioritario del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale: prioritario, in questo caso, è l'esame del vizio; se questo sussiste, entrambi i ricorsi devono essere accolti, se non sussiste entrambi dovranno essere disattesi e l'aggiudicazione sarà confermata”*. In altri termini, la peculiarità che giustifica l'eccezione alla regola risiede proprio nell'identità del vizio; identità che richiede, quindi, un trattamento paritario anche sul piano processuale.

Questo apparentemente potrebbe indurre a sostenere che in questo modo si sia introdotta un'ipotesi di giurisdizione oggettiva in quanto fondata *“sul vizio dedotto e non sull'interesse a dedurlo”*; tuttavia, a parere del Consiglio, si tratta di una mera suggestione. Ed infatti, la *ratio* sottesa alla ricostruzione fornita consisterebbe nella fondamentale tutela del principio di parità delle armi che impone il vaglio congiunto di ambo i ricorsi nel caso in cui gli stessi siano fondati sul medesimo motivo escludente. E ciò perché l'identità del vizio escludente dedotto fa venire meno *“l'asimmetria di origine procedimentale tra la legittimazione a resistere dell'aggiudicatario, certa perché fondata sul provvedimento impugnato, e la legittimazione a ricorrere del controinteressato pretermesso dall'aggiudicazione,*

¹²¹ Al riguardo l'Adunanza Plenaria precisa, altresì, che un vizio può dirsi identico nei casi in cui riguardi la medesima fase del segmento procedimentale destinato all'accertamento del titolo di ammissione alla gara e della relativa offerta. A tal proposito procede, così, all'enucleazione di tre differenti categorie: 1) tempestività della domanda e integrità dei plichi; 2) requisiti soggettivi generali e speciali di partecipazione dell'impresa; 3) carenza di elementi essenziali dell'offerta previsti a pena di esclusione.

incerta perché fondata su una posizione legittimante che il ricorso incidentale può far venire meno”.

3.2 Segue: NOTE CRITICHE

Il merito dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è stato senz’altro quello di cercare di ricondurre il sistema ad unità restringendo il più possibile la portata dell’eccezione descritta e cercando di recepire i principi di diritto affermati dalla Corte di Giustizia europea senza creare un attrito con il nostro ordinamento che accoglie il carattere soggettivo del giudizio amministrativo.

Tuttavia, pur apprezzando il lodevole intento dell’organo giudicante, non può non evidenziarsi come la soluzione offerta appaia, a tratti, una forzatura. L’eccezione individuata, infatti, è tutt’altro che marginale; continuare a configurarla come una “mera eccezione” non idonea a porre, quindi, in fibrillazione la tenuta della regola non è forse corretto.

Né, d’altro canto, la giustificazione posta a fondamento del carattere eccezionale della soluzione offerta pare pienamente convincente.

La circostanza che l’identità del motivo escludente e il principio della parità delle armi possano scongiurare la creazione di un’ipotesi di giurisdizione oggettiva non persuade. L’impressione è che la soluzione sia stata ispirata per lo più da ragioni di carattere sostanzialistico e che poi si sia cercato di rintracciarne il fondamento teorico che, tuttavia, non è apparso valido ed appropriato.

È stato, infatti, evidenziato che tale ricostruzione poggia su un postulato che non è stato, però, dimostrato ossia l’equiordinazione delle posizioni sostanziali del

ricorrente principale ed incidentale, che discenderebbe dalla comunanza del motivo escludente fatto valere. Tuttavia, tale considerazione è stata fortemente criticata da quanti sostengono¹²² che, a ben vedere, la posizione dell'aggiudicatario-ricorrente incidentale non può in alcun modo essere equiparata a quella del controinteressato-ricorrente principale, atteso che il primo ha già ottenuto il bene cui il secondo, invece, aspira. Proprio la circostanza che le due posizioni appaiano diverse sotto il profilo sostanziale dovrebbe, dunque, far concludere per l'impossibilità di un'equiordinazione sul piano processuale.

In altri termini, la ricostruzione offerta dalla Corte di Giustizia non può giustificarsi se non inserendo il contenzioso relativo alle procedure di affidamento di contratti pubblici nell'alveo di un modello processuale differenziato avente carattere oggettivo atteso che l'accesso alla tutela giurisdizionale appare sganciato dalla posizione giuridica soggettiva del ricorrente. In proposito, autorevole dottrina¹²³ ha evidenziato che la presenza di due delle tre caratteristiche tipiche dei modelli giurisdizionali oggettivi, ossia la previsione di poteri speciali in capo al g.a. e la tutela di interessi sensibili, incida, a ben vedere, anche sul terzo elemento caratterizzante e cioè la legittimazione a ricorrere più ampia. Con maggiore intento esplicativo si sostiene, quindi, che queste tre caratteristiche siano tra loro strettamente connesse: per cui i maggiori poteri dell'organo giudicante risultano giustificati dall'esigenza di tutelare in modo appagante interessi particolarmente sensibili, e tutto ciò mal si concilierebbe con un giudizio chino sulla pretesa di parte. Ne consegue che anche il requisito della legittimazione ad agire, per effetto

¹²²CARBONE, *Legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Ammin.*, 2/2014, p. 456 e ss.

¹²³CARBONE, *op.ult.cit.*

dell'influenza esercitata dagli altri due elementi, tenderebbe ad adeguarsi atteggiandosi, così, in modo più ampio.

2. LA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA TORNA AD ESPRIMERSI SUI RAPPORTI TRA RICORSO PRINCIPALE E RICORSO INCIDENTALE ESCLUDENTE, NUOVE PROSPETTIVE (SENTENZA 5 APRILE 2016, C-689/13, PUGLIANICA/AIRGEST S.P.A.)

A distanza di “soli” cinque anni dalla pronuncia del Supremo Consesso della Giustizia amministrativa, la Corte di Giustizia, è tornata a pronunciarsi in merito ai rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente in materia di appalti pubblici.

Volendo ricapitolare brevemente quanto visto nel corso dei precedenti paragrafi, l'Adunanza Plenaria, con sentenza n.9 del 2014, aveva affermato, in coerenza con i principi espressi dalla Corte di Giustizia UE (sentenza Fastweb 4 luglio 2013, C-100/12), che l'obbligo di esaminare entrambi i ricorsi (principale e incidentale cd. escludente) resta circoscritto alle sole situazioni processuali in cui si verta del medesimo procedimento, gli operatori in gara siano solo due e il vizio che affligge le relative offerte attenga alla medesima fase procedimentale. Solo in questo caso, infatti, sembra configurabile in capo al ricorrente principale un interesse strumentale alla rinnovazione della gara che integra il carattere di condizione dell'azione per l'attivabilità del rimedio, dovendo viceversa escludersi l'interesse del

ricorrente principale, non potendo egli trarre alcuna utilità giuridica o economica dal ricorso.

Questi principi, sono stati nuovamente rivisti e modificati dalla Corte di Giustizia UE con la sentenza 5 aprile 2016, C-689/13 la quale, in merito ai quesiti che gli erano stati sollevati dal C.G.A.R.S.¹²⁴, ha così statuito:

- L'articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007, deve essere interpretato nel senso che osta a che un ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono tale diritto, e diretto a ottenere l'esclusione di un altro offerente, sia dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato dall'altro offerente.

¹²⁴ Ordinanza C.G.A.R.S. 17 ottobre 2013 n. 848, con al quale veniva formulato, tra gli altri, il seguente quesito: “Se i principi dichiarati dalla [Corte di giustizia] con la sentenza [Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448)], con riferimento alla specifica ipotesi, oggetto di quel rinvio pregiudiziale, in cui due soltanto erano le imprese partecipanti a una procedura di affidamento di appalti pubblici, siano anche applicabili, in ragione di un sostanziale isomorfismo della fattispecie contenziosa, anche nel caso sottoposto al vaglio di questo Consiglio in cui le imprese partecipanti alla procedura di gara, sebbene ammesse in numero maggiore di due, siano state tutte escluse dalla stazione appaltante, senza che risulti l'intervenuta impugnazione di detta esclusione da parte di imprese diverse da quelle coinvolte nel presente giudizio, di guisa che la controversia che ora occupa questo Consiglio risulta di fatto circoscritta soltanto a due imprese”

Merita precisare che nella vicenda che ha originato il rinvio operato dal C.G.A.R.S., alla gara in contestazione avevano partecipato anche altre imprese, non solo due, e che tuttavia quelle rimaste estranee al giudizio erano rimaste escluse con provvedimenti rimasti inoppugnati, che le imprese in gara - quindi - erano sostanzialmente due e che di conseguenza l'accoglimento del ricorso principale avrebbe in ogni caso soddisfatto l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara e quindi alla conservazione di una chance di aggiudicazione dell'appalto controverso.

Il principio espresso dalla Corte, è stato oggetto di immediata specificazione da parte della giurisprudenza nazionale¹²⁵ che ne ha chiarito la portata.

Nell'ipotesi in cui l'applicazione rigorosa (e poco flessibile) della regola cristallizzata nelle sentenze *Fastweb* e nella n.9 del 2014 dell'Adunanza Plenaria precluda, nel caso concreto, l'esame del ricorso principale, quando, tuttavia, dal suo accoglimento il ricorrente si possa ricavare la soddisfazione dell'interesse strumentale alla rinnovazione della gara, le esigenze di effettività della tutela delle posizioni soggettive di derivazione europea impongono l'esame nel merito del ricorso principale.

E deve, al riguardo, precisarsi, in coerenza con l'argomentazione scolpita al paragrafo 28 della motivazione della sentenza della Corte di Lussemburgo, che il predetto interesse strumentale è configurabile non solo quando le imprese rimaste in gara sono solo due, ma anche nelle ipotesi in cui il vizio dedotto a carico di un'offerta sia comune anche ad altre offerte,

¹²⁵ Consiglio di Stato, Sez. III, 26 agosto 2016, n. 3708

ancorché presentate da imprese rimaste estranee al giudizio, posto che dal suo accertamento deriverebbe (o, comunque, potrebbe ragionevolmente derivare) l'esclusione anche di queste ultime, in via di autotutela, con la conseguente rinnovazione della procedura.

L'interesse strumentale, secondo autorevole dottrina¹²⁶, ha per oggetto non il bene della vita, ma la legittimità dell'azione amministrativa; l'interesse strumentale, nella fase di accertamento dell'interesse a ricorrere, attribuisce rilevanza ad un vantaggio, per l'appunto strumentale, e quest'ultimo *“consisterebbe nella rimozione, in caso di accoglimento del ricorso, di un atto amministrativo sfavorevole per il ricorrente, con la prospettiva di conseguire un'utilità concreta attraverso una successiva esplicazione dell'attività amministrativa”*¹²⁷.

Deve, al contempo, escludersi, nondimeno, che la Corte di Giustizia abbia inteso prescrivere l'esame del ricorso principale anche nelle situazioni di fatto in cui dal suo accoglimento il ricorrente principale non ritrarrebbe alcun vantaggio, neanche in via strumentale (perché, ad esempio, i motivi dedotti con il gravame non sono in alcun modo riferibili ad offerte ammesse alla gara e presentate da imprese non evocate in giudizio).

Una interpretazione che ammettesse sempre l'obbligo dell'esame del ricorso principale, a prescindere da qualsivoglia scrutinio in concreto della sussistenza di un interesse (anche strumentale) alla sua decisione, dev'essere, in particolare, rifiutata perché si rivelerebbe del tutto incoerente sia con il richiamo, ivi operato, all'art.1 della direttiva n.89/665 CEE, sia con il rispetto

¹²⁶ Cnf. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Giuffrè 2012, 76 ss.

¹²⁷ VIPIANA, *In margine ad un recente orientamento del Consiglio di Stato sul cd. Interesse strumentale a ricorrere*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 1987, 108

del principio generale, di ordine processuale, codificato dall'art.100 c.p.c. (e da intendersi richiamato nel processo amministrativo dall'art.39, comma 1, c.p.a.).

Quanto al primo profilo, è sufficiente osservare che la stessa previsione richiamata (e, segnatamente, l'art. 1, comma 3, dir. Cit.) riconnette espressamente e chiaramente il principio di effettività della tutela delle posizioni soggettive di derivazione europea in materia di appalti alla nozione di interesse, là dove impone agli Stati membri di apprestare un sistema di giustizia che garantisca un utile accesso a “chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione”.

Come si vede, dunque, la stessa regola che la Corte di Lussemburgo ha inteso declinare e garantire con la sentenza c.d. Puligienica postula logicamente che l'operatore economico al quale dev'essere assicurato un sistema di giustizia effettivo abbia e conservi un interesse all'aggiudicazione dell'appalto.

Ora, per quanto possa estendersi la nozione di interesse processualmente rilevante, fino a comprendervi anche l'accezione di un interesse strumentale alla rinnovazione della procedura, non possono certo ravvisarsi gli estremi della condizione dell'azione in questione in una situazione in cui dall'accoglimento del ricorso non derivi neanche il limitato effetto dell'indizione di una nuova procedura.

In ordine all'aspetto della compatibilità con il principio generale secondo cui “per proporre una domanda o per contraddire alla stessa essa è necessario

avervi interesse” (art. 100 c.p.c.), si deve rilevare che la sentenza europea non può certo essere interpretata nel senso di scardinare il predetto canone, nella misura in cui risulta espressivo di una regola generale valida, per la sua intuitiva valenza logica e sistematica, in ogni ordinamento processuale.

Alle considerazioni che precedono consegue l’affermazione del principio, del tutto compatibile con la formulazione della regola contenuta nella sentenza c.d. Puligienica, per cui l’esame del ricorso principale (a fronte della proposizione di un ricorso incidentale “escludente”) è doverosa, a prescindere dal numero delle imprese che hanno partecipato alla gara, quando l’accoglimento dello stesso produce, come effetto conformativo, un vantaggio, anche mediato e strumentale, per il ricorrente principale, tale dovendosi intendere anche quello al successivo riesame, in via di autotutela, delle offerte affette dal medesimo vizio riscontrato con la sentenza di accoglimento, mentre resta compatibile con il diritto europeo sull’effettività della tutela *in subiecta* materia, una regola nazionale che impedisce l’esame del ricorso principale nelle ipotesi in cui dal suo accoglimento il ricorrente principale non ricavi, con assoluta certezza, alcuna utilità (neanche in via mediata e strumentale).

3. PRINCIPIO DELLA DOMANDA E ORDINE DEI MOTIVI DI RICORSO: L’ ADUNANZA PLENARIA N. 5/2015

Recentemente, si è affacciata nel panorama giurisprudenziale un’ulteriore ipotesi problematica da ricondurre alla ormai nota questione relativa all’ammissione nella giurisdizione amministrativa di profili di diritto oggettivo; si ha riguardo, in

particolare, alla tematica inerente all'ordine di trattazione dei motivi di ricorso e alla disponibilità dello stesso ad opera delle parti, oggetto di un acceso dibattito giurisprudenziale, culminato in una recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

La questione attiene, più precisamente, alla possibilità delle parti di individuare un preciso ordine con cui sottoporre le proprie domande (o i vari motivi di ricorso) all'esame del giudice, attribuendo, così, prevalenza ad una domanda rispetto ad un'altra. La tecnica della "graduazione" delle domande o dei motivi di ricorso consente di far emergere la volontà della parte che, individuando una relazione di subordinazione tra le domande, mostra di avere interesse all'esame delle domande subordinate nel solo caso in cui quelle principali siano rigettate.

Tanto premesso, è opportuno verificare se l'ordine predisposto dalle parti sia vincolante per il giudice o se, viceversa, egli possa disattenderlo.

La problematica in esame, pur essendo strettamente connessa a quella relativa al cd. assorbimento dei motivi, non va con la stessa confusa. Ed infatti, l'assorbimento attiene, più propriamente, alla possibilità del giudice di non pronunciarsi su alcuni motivi di ricorso ritenendoli "assorbiti" nell'esame di altri; la graduazione dei motivi, invece, riguarda la possibilità che le parti individuino un ordine che vincoli il giudice. Le due questioni sono, comunque, fortemente collegate poiché è agevole notare che, nel caso in cui si ritenga che il giudice sia vincolato all'ordine prospettato dalle parti, l'accoglimento della domanda principale

comporterebbe, in ultima analisi, l'assorbimento "necessario" di quella subordinata¹²⁸.

La questione della disponibilità dell'ordine di esame dei motivi di ricorso e della sua vincolatività per il giudice è, comunque, piuttosto recente atteso che in un giudizio monocrorde chino sull'unicità della tutela demolitoria, com'era il giudizio amministrativo in passato, una tale questione non aveva ragion d'essere: l'unica tutela che il privato poteva ottenere ed il giudice accordare era, infatti, la caducazione del provvedimento illegittimo. Nell'ultimo decennio, l'affermazione dei principi dell'effettività della tutela e della pluralità delle azioni, il passaggio da un giudizio sull'atto ad un giudizio sul rapporto, l'accoglimento, in altri termini, del modello del cd. "giudizio di spettanza" hanno ravvivato l'attenzione sulla tematica in esame ed acceso il dibattito giurisprudenziale.

Ed infatti, secondo una prima ricostruzione, il giudice dovrebbe procedere all'esame dei motivi di ricorso rispettando l'ordine logico dettato dalla maggiore radicalità dell'illegittimità del provvedimento, senza che il ricorrente possa imporre un ordine diverso. In altri termini, in una procedura di gara per l'affidamento di contratti pubblici, il giudice dovrà esaminare prioritariamente i motivi che attengono alla legittimità degli atti a monte alla procedura e, solo successivamente, quelli relativi all'aggiudicazione¹²⁹. A ragionare diversamente, si osserva, può paradossalmente accadere che il ricorrente vittorioso consegua il bene della vita

¹²⁸ In termini cfr. ROMANO TASSONE, *Sulla disponibilità dell'ordine dei motivi di ricorso*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3/2012., p. 804-805.

¹²⁹ In questi termini cfr. Tar Toscana, Firenze, sez. III, 15 maggio 2013, n. 799 o, ancora, Cons. St., sez. V, 11 gennaio 2012, n. 82.

finale (l'aggiudicazione) ma sulla base di una procedura interamente illegittima in quanto viziata sin dall'inizio.

Secondo un diverso ed opposto filone giurisprudenziale, invece, in ossequio al principio dispositivo e di effettività e satisfattività della tutela, il giudice è tenuto a rispettare l'ordine di esame prospettato dalle parti.

Al fine di porre chiarezza e di risolvere il contrasto giurisprudenziale, sulla questione è di recente intervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato¹³⁰.

La questione è inquadrata dal Supremo Consesso amministrativo nell'ambito della dialettica dualistica tra poteri delle parti e poteri del giudice, tra giurisdizione soggettiva e oggettiva, lasciando intendere che la soluzione al problema passi attraverso la prevalenza dei primi o dei secondi. Si legge, infatti, che *“da un esame complessivo del sistema si evince il principio per cui nei processi connotati da parità delle parti e principio dispositivo l'ordine dei motivi vincola il giudice laddove nei processi connotati da un primato assoluto dell'interesse pubblico l'ordine dei motivi non è vincolante per il giudice: nei giudizi di costituzionalità, ad esempio, [...] a fronte del denunciato contrasto delle norme impugnate con uno o più parametri costituzionali, rientra nella discrezionalità della Corte la scelta dell'ordine di esame di differenti parametri e, inoltre, dichiarata l'incostituzionalità della norma alla luce di un determinato parametro, la Corte può dichiarare assorbiti gli altri per difetto di rilevanza e per ragioni di economia processuale”*.

In proposito, è evidenziato che il processo amministrativo si configura come un processo di parte, imperniato intorno al principio della domanda che si dipana in

¹³⁰ Cons. St., Ad. Pl., 27 aprile 2015, n. 5.

una duplice accezione: principio dispositivo sostanziale, in base al quale solo il titolare ha il potere di disporre del proprio interesse materiale, potere che ricomprende anche la scelta di richiedere o meno la tutela giurisdizionale; e principio dispositivo istruttorio che impone al giudice di decidere sulla base delle prove fornite dalle parti, salvo i temperamenti individuati dagli artt. 63 e 64 c.p.a.. E tanto emerge anche dalla stessa Costituzione che, all'art. 24, nel riconoscere il fondamentale diritto di difesa, àncora l'accesso alla tutela giurisdizionale alla sussistenza di una delle due posizioni giuridiche soggettive, del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo.

Sulla scorta di queste considerazioni, il giudizio amministrativo non può essere qualificato come una giurisdizione di tipo oggettivo e le deviazioni rispetto al modello giurisdizionale soggettivo accolto vanno considerate eccezioni dettate dalla particolare consistenza della situazione giuridica soggettiva azionata all'interno del processo amministrativo -l'interesse legittimo- che, per sua natura, dialoga con un potere pubblico, costantemente funzionalizzato al perseguimento di un pubblico interesse.

Tanto premesso, l'Adunanza Plenaria distingue due situazioni: quella in cui la parte abbia espressamente individuato un ordine di trattazione dei motivi o delle domande e quella in cui tale specifica indicazione sia assente. Nel primo caso il giudice è vincolato dall'ordine prospettato, nel secondo no.

Si evidenzia, infatti, che, in ossequio al principio di non contraddizione, deve ammettersi che il più contiene il meno: per cui se spetta alla parte delimitare il *thema decidendum*, non potendo il giudice pronunciarsi al di là della domanda, allo stesso

modo la parte può imporre al giudice la tassonomia dell'esame dei vizi di legittimità e delle eventuali plurime correlate domande di annullamento.

Osserva la Plenaria che *“la graduazione dei motivi, pertanto, vincola il giudice amministrativo sebbene la sua osservanza possa portare, in concreto, ad un risultato non in linea con la tutela piena dell'interesse pubblico e della legalità”*.

E tale affermazione è dirompente poiché si assiste ad un'esaltazione assoluta del principio dispositivo e dell'interesse di parte, finanche a discapito della tutela dello stesso interesse pubblico.

Alla luce delle esposte considerazioni il Supremo Consesso amministrativo ritiene, dunque, definitivamente superato il precedente e tradizionale orientamento giurisprudenziale, sicuramente più attento a garantire una tutela coerente dell'interesse pubblico, secondo cui l'ordine di esame dei ricorsi sarebbe individuato dal giudice sulla base del rapporto logico-giuridico sussistente tra gli stessi, indipendentemente da qualsiasi manifestazione di volontà diversa delle parti che al riguardo nulla possono.

Quanto sinora detto, è bene precisare però, trova applicazione unicamente nei casi in cui le parti espressamente ed in modo inequivocabile abbiano indicato al giudice un preciso ordine di trattazione dei motivi di ricorso o delle domande. L'indicazione, in altri termini deve essere *“puntuale ed esplicita”*, e ciò per un duplice ordine di ragioni: da un lato per esigenze di certezza dei rapporti processuali, dall'altro, per evitare che il giudice si sostituisca alle parti, adottando, così, una decisione, per ciò solo, arbitraria.

Al contrario, in assenza di un'espressa e puntuale graduazione dei motivi o delle domande ad opera delle parti, *“si riepande nella sua pienezza l'obbligo del giudice di primo grado di pronunciare, salvo precise deroghe, su tutti i motivi e le domande”*. A sostegno si evidenzia che non può sottacersi che, pur essendo un giudizio di parti, il processo amministrativo si caratterizza, comunque, per la presenza di un *“convitato di pietra”* rappresentato dall'interesse pubblico di cui è portatrice una delle due parti, che si atpeggia come interesse generale della collettività sia alla corretta gestione della cosa pubblica, sia alla corretta gestione del processo, anche in virtù dei costi che lo stesso comporta per la collettività. Ne consegue che sarà il giudice a decidere l'ordine di esame dei motivi o delle domande in base ai rapporti logico- giuridici tra gli stessi sussistenti e alla radicalità del vizio.

In questo senso, la Plenaria mostra di non aderire a quell'orientamento secondo cui, anche in assenza di espressa graduazione delle parti, il giudice sarebbe comunque tenuto a prediligere l'ordine di trattazione che assicuri la maggiore soddisfazione dell'interesse privato.

Infine, si osserva che esistono alcuni vizi di legittimità che *“esprimono una così radicale alterazione dell'esercizio della funzione pubblica”* (come ad esempio il vizio di incompetenza) *“che il codice ha imposto al giudice amministrativo di non ritenersi vincolato, a tutela della legalità dell'azione amministrativa e degli interessi pubblici sottostanti, dalla prospettazione del ricorrente e dalla eventuale graduazione dei motivi da quest'ultimo effettuata”*.

Così ricostruite le coordinate ermeneutiche tracciate dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, giova, però, evidenziare che la pronuncia, benché recente, non è andata esente da critiche.

Più precisamente, sotto un primo profilo, si è sottolineato che il Supremo Consesso amministrativo ha tracciato nelle premesse dei principi generali che sono stati, poi, disattesi nelle conclusioni. Ed infatti, dalla lettura della sentenza emerge chiaramente che la soluzione alla problematica relativa alla disponibilità dell'ordine di trattazione dei motivi di ricorso passa attraverso l'adesione ad un modello giurisdizionale di tipo soggettivo o, viceversa, oggettivo. Se così è, una volta delineato il processo amministrativo come un giudizio di parti, governato dal principio dispositivo e tutto proteso verso l'esigenza di assicurare tutela alle posizioni giuridiche soggettive sottese al rapporto sostanziale, la conseguenza naturale dovrebbe essere quella di ritenere che il giudice debba in ogni caso esaminare i motivi o le domande in base all'ordine che possa nel miglior modo possibile garantire la soddisfazione dell'interesse privato. In quest'ottica, dunque, non ha più alcun senso l'ulteriore distinzione tra le ipotesi in cui sia presente un'espressa graduazione dei motivi ad opera delle parti e quella in cui, viceversa, tale indicazione manchi. In entrambi i casi, in altri termini, il giudice nell'individuare l'ordine di trattazione dei motivi di ricorso dovrebbe essere guidato dall'interesse di parte. Al contrario, la circostanza che il giudice, in mancanza di un'espressa graduazione dei motivi di ricorso ad opera delle parti, possa liberamente individuare un ordine di trattazione che tenga conto della più radicale illegittimità del provvedimento e, quindi, in ultima analisi della tutela della legalità, reintroduce elementi tipici di modelli giurisdizionali di tipo oggettivo che la Plenaria mostra di

ripudiare quando, nelle premesse, individua i principi fondamentali del giudizio amministrativo¹³¹.

Sotto altro e differente profilo, viene criticata la stessa impostazione adottata dall'Adunanza Plenaria, ossia la scelta di rispondere al quesito interpretativo utilizzando la dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva. Più precisamente, viene evidenziato che il richiamo al principio dispositivo non è pertinente poiché tanto la domanda principale quanto quella subordinata sono introdotte nel giudizio per volontà di parte, sicché la questione atterrebbe, con maggiore precisione, non al principio di disponibilità della domanda, quanto piuttosto al principio di disponibilità della trattazione della causa. E quest'ultimo può senz'altro essere temperato all'interno di un modello processuale di tipo soggettivo, senza che, per ciò solo, si passi ad un modello giurisdizionale oggettivo¹³².

Tale autorevole dottrina sostiene, dunque, che per conciliare le caratteristiche tipiche del cd. giudizio di spettanza, in cui i poteri del giudice risultano decisamente potenziati, e le peculiarità dei modelli giurisdizionali soggettivi sia necessario valorizzare l'utilizzo degli strumenti processuali. In particolare, si fa riferimento alla possibilità di proporre ricorso incidentale sia da parte dei terzi controinteressati che da parte della Pubblica Amministrazione, al fine di richiedere l'esame anche delle domande o dei motivi di ricorso che il ricorrente principale ha inteso subordinare.

¹³¹ In termini, PERFETTI - TROPEA, "Heart of darkness", Riv. Diritto Processuale Amministrativo, vol. XXXIV,1,2016, 263 e ss.

¹³² In questo senso, ROMANO - TASSONE, *Sulla disponibilità dell'ordine di esame dei motivi di ricorso*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3/2012, p. 819 e ss.

4. POTERI OFFICIOSI DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO E PRINCIPIO DISPOSITIVO

NELLA SENTENZA DELL' ADUNANZA PLENARIA N. 4 DEL 2015

Il processo amministrativo, come sin'ora osservato, è di regola un giudizio di natura soggettiva caratterizzato, dunque, dalla iniziativa di parte. Ciò significa che per essere attivato necessita dell'impulso del titolare di una situazione soggettiva giuridicamente protetta che invoca tutela giurisdizionale a fronte di una lesione subita.

Il processo amministrativo, infatti, è ispirato al principio della domanda come emerge da una pluralità di riferimenti normativi. In primo luogo, gli artt. 99 e 112 c.p.c., che sanciscono rispettivamente il principio della domanda e quello di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, e trovano applicazione nell'ambito del giudizio amministrativo grazie al rinvio esterno contenuto nell'art. 39, comma primo, c.p.a.. Tale norma dispone, infatti, che, per quanto non disciplinato dal codice di procedura amministrativa, *“si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali”*. In secondo luogo, vengono in rilievo le norme di cui agli artt. 41, comma primo, c.p.a. nella parte in cui prevede che *“le domande si introducono con ricorso”* e, ancora, 34, comma primo, c.p.a. che, nell'elencare le sentenze che il giudice può adottare in caso di accoglimento del ricorso, precisa che egli si pronuncia *“nei limiti della domanda”*.

Tanto premesso in termini generali, è opportuno, tuttavia, evidenziare che l'affermarsi del modello della pluralità delle azioni consacrato nel codice di procedura amministrativa ha reso più difficoltoso, sotto taluni aspetti, il rispetto del principio dispositivo in tutta la sua ampiezza. Si fa riferimento, in particolare, alle

problematiche sorte in relazione al principio di conversione delle azioni di cui all'art. 32, comma secondo, c.p.a., e all'interpretazione da offrire all'art. 34, comma terzo, c.p.a. che costituisce applicazione del principio di conversione sopra citato.

L'articolo 32, comma secondo, c.p.a., infatti, così recita: «*il giudice qualifica l'azione proposta in base ai suoi elementi essenziali. Sussistendone i presupposti, può sempre disporre la conversione delle azioni*». Riconosce, dunque, al suo interno due poteri del giudice: quello di qualificazione della domanda e quello, più dirompente, di conversione dell'azione.

Tali poteri, infatti, possono avere importanti ripercussioni nell'ambito dei modelli giurisdizionali di tipo soggettivo, ed in particolare sui principi fondamentali caratterizzanti tali processi. Si fa riferimento, più precisamente, ai già richiamati principi della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato e al principio della disponibilità della tutela giurisdizionale di cui all'art. 2907 c.c., in base al quale solo ed esclusivamente il titolare della situazione giuridica soggettiva può scegliere di azionare o meno la tutela giurisdizionale, oppure di rinunciare alla tutela già richiesta¹³³. Ciò posto, in applicazione del potere di qualificazione, il giudice procede all'esatta qualificazione giuridica della domanda, indipendentemente dalla veste attribuita dalla parte (*petitum* formale), ma avendo unicamente riguardo alla pretesa sostanziale fatta valere (*petitum* sostanziale). Si tratta, dunque, di un potere eminentemente interpretativo che, per ciò stesso, non desta particolari perplessità.

Il potere di conversione, invece, consiste nella possibilità di trasformare un'azione in un'altra, in presenza dei presupposti necessari. Tale potere, a differenza

¹³³ In tal senso, FOLLIERI, Qualificazione e conversione dell'azione alla prova del principio della domanda, in Dir. Proc. Amm. -1/2013, pag. 177 e ss.)

del primo, ha suscitato nel tempo numerosi dubbi sia in ordine ai suoi rapporti con il potere di qualificazione, sia con riguardo alla sua effettiva portata.

Sotto il primo profilo si rinvencono, infatti, due orientamenti: un filone interpretativo minoritario ritiene che qualificazione e conversione rappresentino a bene vedere un'endiadi, ossia due termini coordinati che esprimono in realtà un concetto unitario. In quest'ottica, dunque, la conversione costituirebbe un'evenienza consequenziale alla riqualificazione dell'azione, nella quale la stessa si risolverebbe¹³⁴. Si è obiettato, tuttavia, che tale ricostruzione comporterebbe, in definitiva, un'*interpretatio abrogans* della seconda parte dell'art. 32, co.2, c.p.a.

Sul fronte opposto, una differente ricostruzione predica, invece, l'autonomia dei due poteri e ne riconosce le fondamentali differenze¹³⁵. Aderendo alla seconda delle tesi prospettate, i presupposti richiesti affinché la conversione possa operare sono, secondo i più: la sussistenza dei presupposti processuali dell'azione in cui è convertita quella proposta; l'insussistenza, del pari, di quelli richiesti per l'azione proposta; e, infine, un rapporto di continenza tra le due azioni, per cui l'azione frutto della conversione deve essere contenuta nell'azione da convertire. Resta, tuttavia, oscuro se sia sempre necessaria una domanda di parte o se, viceversa, il giudice d'ufficio possa procedere alla conversione.

In quest'ottica l'art. 34, comma 3, c.p.a. costituisce applicazione di tale ricostruzione. Ed infatti tale norma prevede che “*quando, nel corso del giudizio,*

¹³⁴ In tal senso, CORSO, Art. 32, in A. QUARANTA - V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, pag. 326 e ss.

¹³⁵ In tal senso, M. LIPARI, commento Art. 32c.p.a, in F. CARINGELLA- M. PROTTO (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, 2010.

l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori”.

Ne consegue che: i presupposti processuali dell'azione proposta sono assenti in quanto è sopravvenuta la carenza di interesse; quelli dell'azione risultante dalla conversione sono presenti atteso che è richiesto l'interesse ad ottenere la pronuncia di illegittimità ai fini risarcitori; e, infine, sussiste un rapporto di continenza tra annullamento e accertamento ai fini risarcitori (si badi bene non tra azione di annullamento e azione risarcitoria). Ciò che resta incerto è, anche qui, la necessità o meno di una domanda di parte.

Su tali tematiche ha avuto modo di pronunciarsi l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in un importantissimo arresto giurisprudenziale dell'aprile 2015¹³⁶.

Il caso in esame riguardava la presentazione di un ricorso, in appello rivelatosi fondato, avente ad oggetto l'annullamento della graduatoria di un concorso in materia di pubblico impiego, dopo oltre quindici anni. Sul punto, l'ordinanza rimettente si interroga sulla possibilità di evitare l'annullamento, accordando al ricorrente vittorioso il risarcimento del danno che, però, non era stato richiesto. A sostegno la considerazione di fondo per cui l'annullamento avrebbe comportato un effetto “*devastante*” per i controinteressati incolpevoli (atteso che i vizi di legittimità erano imputabili unicamente alla PA) che avrebbero perso dopo oltre quindici anni il posto di lavoro, a fronte di un vantaggio solo potenziale per il ricorrente.

Si tratta, dunque, di una riflessione ispirata a ragioni puramente equitative secondo cui, in ragione del notevolissimo lasso di tempo trascorso, non sembrerebbe “giusto” sottrarre il bene della vita ai controinteressati incolpevoli per attribuire un mera *chance* -“*per di più difficilmente soddisfabile*”- al ricorrente vittorioso¹³⁷.

¹³⁶ Cons. St., Ad. Pl., 13 aprile 2015, n.4.

¹³⁷ A tal proposito, interessante è il punto di vista di autorevole dottrina secondo cui queste considerazioni di carattere equitativo o, se vogliamo ispirate da ragioni di giustizia sostanziale, sarebbero il frutto della continuità istituzionale fra funzione ausiliaria del Consiglio di Stato e funzione propriamente giurisdizionale. “Continuità che rende l'organo sensibile alle esigenze socio-economiche e, più latamente, politiche, finendo per attrarre la funzione giurisdizionale verso la

Chiamata a pronunciarsi sulla questione in esame, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ripudia la ricostruzione fornita dalla sezione rimettente e afferma il seguente principio di diritto: *"Sulla base del principio della domanda che regola il processo amministrativo, il giudice amministrativo, ritenuta la fondatezza del ricorso, non può ex officio limitarsi a condannare l'amministrazione al risarcimento dei danni conseguenti agli atti illegittimi impugnati anziché procedere al loro annullamento, che abbia formato oggetto della domanda dell'istante ed in ordine al quale persista il suo interesse, ancorché la pronuncia possa recare gravi pregiudizi ai controinteressati, anche per il lungo tempo trascorso dall'adozione degli atti, e ad essa debba seguire il mero rinnovo, in tutto o in parte, della procedura esperita"*.

Più precisamente, osservano i Giudici, la tesi sostenuta nell'ordinanza di rimessione non può essere accolta per una pluralità di ragioni: 1) il processo amministrativo è ispirato al principio della domanda; 2) la giurisdizione amministrativa è, dunque, di natura soggettiva; 3) il giudizio di annullamento una volta proposto non è mutabile in via officiosa; 4) tutti gli argomenti forniti risultano superati.

Procedendo con ordine, è opportuno soffermarsi su ciascuna delle ragioni invocate. In primo luogo, dunque, la Plenaria ribadisce che la giurisdizione amministrativa ha prevalentemente natura soggettiva e che le varie timide aperture ad ipotesi di giurisdizione oggettiva non valgono a mutarne la natura di fondo¹³⁸. In quest'ottica, le invocate ragioni di opportunità, giustizia, equità e proporzionalità non possono in alcun modo comportare una deroga al principio della domanda e al connesso principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

finalizzazione all'interesse pubblico e, in definitiva, all'ideologia del giudice-amministratore". F. MANGANARO e A. MAZZA LABOCETTA, La giustizia amministrativa come giurisdizione di natura soggettiva nella sentenza dell'adunanza plenaria n. 4 del 2015 - il commento, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 8-9, 917).

¹³⁸ Al riguardo l'Adunanza Plenaria precisa che "si tratta, nel caso della giurisdizione amministrativa di legittimità, come noto, di una giurisdizione di tipo soggettivo, sia pure con aperture parziali alla giurisdizione di tipo oggettivo (ma che si manifestano in precisi, limitati ambiti come, per esempio, nella estensione della legittimazione ovvero nella valutazione sostitutiva dell'interesse pubblico in sede di giudizio di ottemperanza o in sede cautelare, ovvero ancora nella esistenza di regole speciali, quali quelle contenute negli artt. 121 e 122 c.p.a., che, riguardo alle controversie in materia di contratti pubblici, consentono al giudice di modulare gli effetti della inefficacia del contratto)"

Proprio in virtù del principio dispositivo non è consentito che, in presenza di un atto illegittimo del quale è stato chiesto l'annullamento, il giudice *ex officio* scelga di non caducare il provvedimento accordando, invece, il risarcimento del danno. Viene, infatti, evidenziato che l'azione di annullamento e l'azione di risarcimento danni hanno *petitum* e *causa petendi* diversi: il *petitum* è, rispettivamente, in un caso l'annullamento del provvedimento, nell'altro la condanna al risarcimento dei danni e, allo stesso modo, la *causa petendi* è rappresentata in un caso dall'illegittimità del provvedimento e, nell'altro, dall'illiceità del comportamento.

Non può dirsi, dunque, neanche sussistente un rapporto di continenza tra le due azioni atteso che se è vero che l'azione di annullamento contiene in sé l'accertamento in base al principio che il più contiene il meno, è altrettanto vero che *“l'accertamento a fini risarcitori è qualcosa di più o comunque di diverso dalla domanda di annullamento”*.

Ne consegue che se il giudice rileva la mancanza di interesse ad ottenere l'annullamento del provvedimento deve pronunciare una sentenza di accertamento di sopravvenuta carenza di interesse. È precisato, tuttavia, che il caso oggetto di esame non rientra in tale ipotesi sia perché sussiste l'interesse strumentale alla rinnovazione totale o parziale della gara, sia perché il ricorrente ha ribadito il suo interesse ad ottenere l'annullamento in più occasioni, sino alla discussione orale della causa.

E in tale valutazione concernente la sussistenza o meno dell'interesse all'annullamento nessun ruolo gioca o può giocare il fattore tempo. In altri termini, la circostanza che sia trascorso un notevolissimo lasso di tempo – oltre quindici anni – non può in alcun modo far propendere per una carenza di interesse del ricorrente; anzi, emerge un principio generale per cui il trascorrere del tempo non deve mai andare a detrimento di colui che ha ragione. Ragionando diversamente il ricorrente vittorioso subirebbe un doppio danno: la durata spropositata del giudizio e il rigetto della domanda per carenza di interesse.

Non appaiono, infine, pertinenti neanche gli ulteriori argomenti posti a fondamento della tesi sostenuta nell'ordinanza di rimessione: ossia il richiamo all'art.

21 *nonies* della legge n. 241 del '90; gli artt. 121 e 122 c.p.a.; il precedente giurisprudenziale rappresentato dalla sentenza n. 2755 del 2011 in cui il Consiglio di Stato plasma un'ipotesi di annullamento i cui effetti sono modulabili nel tempo; e infine, la disciplina del processo dinanzi alla Corte di Giustizia europea.

Ed infatti, l'art. 21 *nonies* che, nel disciplinare l'annullamento d'ufficio, fa riferimento a fattori quali la ragionevolezza del termine entro cui può intervenire o, ancora, la ponderazione degli interessi dei destinatari e controinteressati, rappresenta una norma particolare, avente natura eccezionale, che riguarda unicamente l'attività amministrativa propriamente detta.

Allo stesso modo inconferente si presenta il richiamo agli artt. 121 e 122 c.p.a. in cui il legislatore immagina un potere valutativo del giudice che, nello stabilire se dichiarare o meno inefficace il contratto, deve tenere conto del tempo trascorso, della effettiva possibilità di subentrare, delle situazioni contrapposte, dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e così via. Tale norma, tuttavia, ha carattere eccezionale: non può, dunque, né essere applicata in via analogica al di fuori dei casi che essa espressamente disciplina, né tantomeno essere considerata espressione di principi generali.

Del pari inappropriato risulta essere il riferimento alla citata sentenza del Consiglio di Stato che si pronuncia, invero, su un caso decisamente diverso rispetto a quello oggetto della sentenza in esame; ne consegue che l'assenza di qualsiasi tipo di similitudine rende impossibile l'estensione al caso di specie dei principi di diritto enucleati dalla giurisprudenza in quell'occasione. D'altro canto, è opportuno sottolineare che gli effetti dell'annullamento che sono di tipo costitutivo, producendo lo stesso una modifica del mondo giuridico, devono essere individuati dal legislatore: solo ad egli spetta eventualmente di prevedere che in determinati casi specifici all'illegittimità del provvedimento non faccia seguito l'annullamento dello stesso (come avviene nel caso dei cd. "vizi non invalidanti" di cui all'art. 21 *octies*, l. n. 241 del '90).

Non rileva, ancora, il richiamo alla disciplina del processo davanti alla Corte di Giustizia atteso che non si tratterebbe di recepire un principio del diritto europeo in ossequio all'art. 1 del c.p.a., quanto piuttosto di applicare al processo amministrativo una disposizione dettata per il giudizio europeo.

Una trattazione più approfondita merita, infine, l'ultimo argomento prospettato dalla sezione rimettente a sostegno della propria ricostruzione, ossia il richiamo all'art. 34, comma terzo, c.p.a.. Viene, infatti, prospettato che, dal momento che per il ricorrente non deriverebbe nessun vantaggio effettivo dall'annullamento del provvedimento, il giudice, in applicazione dell'art. 34, co. 3, c.p.a, potrebbe accertare l'illegittimità ai fini risarcitori, pur in assenza della domanda del ricorrente.

La tematica viene toccata appena dai Giudici della Plenaria poiché la sussistenza dell'interesse strumentale alla rinnovazione della gara, oltre che la circostanza che il ricorrente ha mostrato di avere interesse all'annullamento sino alla discussione orale, rendevano piuttosto secondario l'approfondimento della norma in parola. La questione è ,tuttavia, interessante nell'ottica della ricostruzione dei rapporti sussistenti tra poteri del giudice e poteri delle parti, poteri officiosi e principio dispositivo.

Il meccanismo disciplinato dall'art. 34, co. 3, c.p.a. mira ad evitare l'annullamento di atti quando il ricorrente non vi abbia più interesse -ossia tendenzialmente quando i provvedimenti abbiano esaurito i loro effetti- e, al tempo stesso, a consentire, attraverso l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento, che egli possa chiedere il risarcimento del danno nello stesso giudizio, o anche in altro¹³⁹. Tanto premesso, non è chiaro se l'operatività del meccanismo descritto dalla norma in esame richieda necessariamente la domanda di parte o se, viceversa, possa essere attivato dal giudice d'ufficio.

¹³⁹ In un'interessante pronuncia del TAR Milano, n. 2367 del 2013, i giudici meneghini sottolineano la valorizzazione del principio di economia processuale che vi è dietro la norma in questione. Più in particolare, si sottolinea che l'accertamento dell'illegittimità ai fini risarcitori non risponde qui al tipico interesse delle azioni di accertamento di rimuovere una situazione di incertezza; l'interesse ad agire della parte si sostanzia, infatti, nella necessità di evitare che il giudizio instaurato si concluda con una frustante sentenza di rito, "deragliandone il percorso in funzione dell'accertamento di una parte (quella riferita alla illegittimità dell'atto) dei fatti costitutivi necessari ai fini dell'accoglimento della (eventuale) azione risarcitoria".

Secondo un primo filone giurisprudenziale¹⁴⁰ non sarebbe necessaria l'istanza di parte e ciò per un duplice ordine di considerazioni. In primo luogo, la lettera della norma dispone che *“il giudice accerta l'illegittimità dell'atto”*: ne consegue che non si tratta di una possibilità ma di una attività vincolata, altrimenti ragionando il legislatore avrebbe utilizzato la più flessibile espressione *“il giudice può accertare l'illegittimità”*. In secondo luogo, tale scelta è imposta dal rapporto di continenza sussistente tra la domanda di annullamento e quella di accertamento atteso che la prima ha come presupposto necessario l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento.

Secondo una differente ricostruzione¹⁴¹ invece, l'art. 34, co. 3, c.p.a. richiederebbe sempre e in ogni caso la domanda di parte. Si osserva, infatti, che il giudice non può sostituirsi alla parte nella dimostrazione della sussistenza degli elementi che sorreggono la domanda, pena la violazione del principio della domanda e di quello di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Così ricostruiti brevemente i termini del contrasto interpretativo, va osservato che la Plenaria, come sopra evidenziato, si occupa della questione nei limiti di quanto la stessa possa toccare la decisione. In quest'ottica, pur senza dare atto della complessità del quesito giuridico, il Supremo Consesso amministrativo sembra propendere per il secondo indirizzo giurisprudenziale nel passaggio in cui precisa che il potere di accertare l'illegittimità dell'atto ai fini risarcitori va comunque coordinato con il principio dispositivo, che obbliga la parte a provare gli elementi costitutivi della domanda risarcitoria.

5. BREVI NOTE CONCLUSIVE

Conclusivamente considerando, è possibile evidenziare come la questione affrontata dall'Adunanza Plenaria nella recente sentenza sopra esaminata abbia rappresentato l'ennesimo banco di prova per la tenuta del principio dispositivo

¹⁴⁰ Cfr. per tutte la sentenza del Cons. Stato, Sez. IV, 18 maggio 2012, n. 2916

¹⁴¹ Per tutte la sentenza del Cons. Stato, Sez. V, 14 dicembre 2011, n. 6539)

nell'ambito del processo amministrativo, che da questa occasione ne esce ulteriormente rafforzato¹⁴².

Ed invero, è indubbio che l'affermazione del principio di pluralità delle azioni abbia condotto al superamento della cd. tutela monocorde tipizzata in cui l'unica forma di tutela ammessa era l'azione di annullamento. È altrettanto indubbio che la perdita di centralità dell'azione di annullamento e l'emersione di una moltitudine di tutele possibili abbia comportato un radicale mutamento del giudizio amministrativo, non più chino sull'atto, ma sul rapporto, ossia sulla situazione giuridica azionata.

Tale fenomeno di ampliamento delle forme di tutela, tuttavia, non può assolutamente voler dire depotenziamento del principio della domanda o, ancor peggio, superamento dello stesso; ma anzi, al contrario, deve accompagnarsi ad un suo maggiore rispetto.

Ed infatti, se è vero che lo strumentario di tutele cui il privato può attingere sia andato con il tempo ad ampliarsi e arricchirsi, è altrettanto vero che spetta a lui stesso scegliere l'azione che intende proporre, ovverosia l'azione più confacente al suo bisogno di tutela. E tale scelta a nessun altro può essere demandata.

Con maggiore intento esplicativo, ciò che si intende sottolineare è che l'affermazione del principio di effettività della tutela e il riconoscimento della pluralità delle azioni costituiscono la conferma del carattere soggettivo del processo amministrativo atteso che consentono al soggetto di azionare la tutela che ritiene più adeguata per la propria situazione giuridica.

Ampliare i poteri officiosi del giudice e consentire a quest'ultimo di surrogarsi al titolare della situazione giuridica nel compimento di determinate valutazioni, oltre a determinare una compressione del principio della domanda ed un affievolimento del carattere soggettivo della giurisdizione amministrativa, potrebbe comportare una pericolosa invasione dell'area riservata alla Pubblica Amministrazione.

¹⁴² In tal senso, SCOCA, *Principio della domanda nel processo amministrativo*, secondo cui “l'Adunanza Plenaria mostra con ciò di rispettare per intero il carattere soggettivo della giurisdizione amministrativa, per cui intende il processo come strumento di tutela (del ricorrente, secondo la impostazione da lui concretamente scelta) e non come strumento di giustizia (se del caso, equitativa); conformemente, d'altronde, alle disposizioni costituzionali in materia”.

Calando queste considerazioni nell'ambito del caso specifico oggetto della sentenza analizzata, un autorevole autore ha evidenziato che <<*farsi carico del "radicale e gravissimo sconvolgimento" delle vite e delle famiglie dei controinteressati sarebbe semmai compito di un'amministrazione responsabile, che, avendo dato causa all'illegittimità, ripari anche mediante reintegrazione in forma specifica*>>¹⁴³.

¹⁴³ F. MANGANARO e A. MAZZA LABOCCETTA, *La giustizia amministrativa come giurisdizione di natura soggettiva nella sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2015- il commento*, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 8-9, 917 (nota a sentenza).

BIBLIOGRAFIA

ABBAMONTE, *La prova nel processo amministrativo*, in Riv. amm. Rep. it. 1985, 679;

ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell' accertamento giudiziale*, Giuffrè, Milano, 1957

AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in Rivista Trimestrale di diritto pubblico, 1997,3

BARTOLINI, *La class action tra favole e realtà*, Giustamm.it, 2009; CLARICH *La class action di Brunetta. Ovvero come provare a migliorare la p.a. con la cosmesi*, in Il sole24ore, 2009

BENVENUTI, *L'istruzione del processo amministrativo*, in Enc. dir., XXIII, Milano 1973

BENVENUTI, voce “*Processo amministrativo*”, Enc. del Diritto, XXXVI, 1897

BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953

BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936

BERTONAZZI, *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Milano 2005

BUZZI, *La class action nella P.A.*, in Altalex.it, 2010

CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994

CARAVITA, *Interessi diffusi e collettivi*, in *Dir. soc.*, 1982

CARINGELLA, ROTTO, *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, 2010

CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sui pubblici appalti*, in *Dir. Proc. Amm.* 2/2014

CARBONE, *Legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.* -2/2014, p.445 e ss.

CASSESE, *Gli interessi diffusi e la loro tutela*, in *La tutela degli interessi collettivi e diffusi*, a cura di LANFRANCHI, Torino, 2003, 569

CASSESE, *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Rivista trimestrale del diritto pubblico*, 2003

CHIOVENDA, *“Istituzioni di diritto processuale civile, I, Napoli, 1933*

CHIOVENDA, *“Principii di diritto processuale civile”, Napoli, 1923*

CINTIOLI, *Note sulla cosiddetta class action amministrativa*, in *Giustamm.it*

CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell’Autorità Garante della concorrenza e del mercato* (art. 21 bis L. n. 287 del 1990), in *Giustamm.it*, 2012

CINTIOLI *Note sulla cd. Class action amministrativa*, in *Giustamm.it*, 2010

CLARICH, *“I poteri di impugnativa dell’ AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis l. 287/90”*, in atti del Convegno organizzato dall’ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato su “Evoluzioni del ruolo e delle competenze delle Autorità antitrust”, Roma, 27 marzo 2013

CLARICH *La class action di Brunetta. Ovvero come provare a migliorare la p.a. con la cosmesi*, in *Il sole24ore*, 2009

CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento, Relazione al Convegno Le Autorità Amministrative Indipendenti*, in memoria di Vincenzo Caianiello, Palazzo Spada 9 maggio 2003, in Giustizia-amministrativa.it

CORSO, *Art. 32*, in A. QUARANTA- V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011

CORSO, *Istruttoria nel processo amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma 2003, vol. XVIII

DE NICTOLIS, *artt.121-125*, in A. Quaranta, V. Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011

DELLA CANANEA, *Il diritto amministrativo europeo e i suoi principi fondamentali* in G. DELLA CANANEA (a cura di), *Diritto amministrativo europeo. Principi e Istituti*, Milano 2006

DURANTE, *La tutela giurisdizionale degli interessi diffusi, Lectio magistralis* svolta presso l’Università della Calabria, in Cosenza, il 29 aprile 2015

FERRARA, R., *Interessi collettivi e diffusi*, in *Dig. pub.*, VIII, Torino, 1993

FOLLIERI, *Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici*, in *Relazione al convegno su “ Il contenzioso sui*

contratti pubblici un anno dopo il recepimento della direttiva ricorsi”, Università degli Studi “Magna Graecia” di Catanzaro, 2011

FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n.53 e negli artt. 120-124 del Codice del processo amministrativo*, in *Dir.proc.amm.* 2010

FOLLIERI, *Qualificazione e conversione dell'azione alla prova del principio della domanda*, in *Dir. Proc. Amm.* -1/2013

GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, Milano 1994

GARBAGNATI, *La giurisdizione amministrativa*, Milano, 1950

GAROFOLI - AULETTA, *Codice amministrativo ragionato*, NelDiritto Editore, 2016.

GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, III, Milano 1967

GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere della legittimazione a ricorrere nell' art. 21 bis L. 287/90*, in Giustiziamministrativa.it.

GIUFFRIDA, *La cd. Class action amministrativa: ricostruzione dell'istituto e criticità*, in *Giustamm.it*, 2010

GRECO, *La direttiva 2007/66/ce: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv.it.dir.pubbl.com.*, 2008

GRECO, *Il modello comunitario della procedura di infrazione e il deficit di sindacato di legittimità dell'azione amministrativa in Italia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comune*, 2010

LIGUORI, *La funzione amministrativa*, Ed. Scientifica, Napoli, 2013

LIPARI, *Articolo 32*, in F. CARINGELLA- M. PROTTO (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, 2010

LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti sul contratto, poteri del giudice*, in Giustamm.it, 2010

MANDRIOLI – CARRATTA, *Diritto processuale civile*, Giappichelli Ed.Torino, XXIV ed.

MANGANARO - MAZZA LABOCCETTA, *La giustizia amministrativa come giurisdizione di natura soggettiva nella sentenza dell'adunanza plenaria n. 4 del 2015 - il commento*, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 8-9, 917

MARINELLI, *Ricorso incidentale e ordine di esame delle questioni*, (in margine a Cons. St., A.P., 10.11.2008, n. 11), in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, p. 628.

MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008

MIGLIORINI, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova 1977

MIGLIORINI, *Istruzione (istruzione del processo amministrativo)*, in *Enc. giur.*, Roma 1990, vol. XVIII

MIGLIORINI, *Brevi note sulla posizione del giudice e delle parti nel processo amministrativo*, in *Scritti in onore di Giannini, I*, Milano 1988

MONTESANO, *"La tutela giurisdizionale dei diritti"*, nel *Trattato di dir.civ.it.*, fondato da F. Vassalli, Torino, 1985

NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976

NIGRO, *Il giudice amministrativo “signore della prova”*, in *Foro it.* 1976, V, c. 9

PATRONI GRIFFI, *Class action e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici*, in *Federalismi.it*, 2010

PELLEGRINO, *Effetto paralizzante del ricorso incidentale. Necessità di un ripensamento*, in *www.Giustamm.it*, 2006.

PERFETTI - TROPEA, *“Heart of darkness”*, *Riv. Proc. Amm.*, vol. XXXIV,1, 2016

PERFETTI, *L'istruzione nel processo amministrativo e il principio dispositivo*, *Riv. Dir. Proc.*, 2015,1

PERFETTI, *Sull'istruttoria nel processo amministrativo oltre il “metodo acquisitivo”*. *Osservazioni sulla relazione tra art. 64 c.p.a. ed art. 213 c.p.c.*, in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, Napoli 2012

PERFETTI., *Prova (processo amministrativo)*, in *Enc. dir. Annali*, II, 2, Milano 2009

POLICE, *Il giudice amministrativo e l'ambiente: giurisdizione oggettiva o soggettiva?*, in *Ambiente Attività Amministrativa e Codificazione. Atti del primo colloquio di diritto dell' ambiente - Teramo 29-30 aprile 2005*, a cura di Diego De Carolis, Erminio Ferrari, Astride Police, Milano, Giuffrè, 2006

POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, Padova, 2000

POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione avanti il giudice amministrativo*, vol. II, Milano 2001

PUGLIATTI, *Diritto Pubblico e Diritto Privato*, in *Enc. dir.*, Milano, XII, 1964

ROMANO - TASSONE A., *La giurisdizione esclusiva tra glorioso passato ed incerto futuro*, in AA.VV., *il nuovo processo amministrativo. Atti del Convegno di Lecce del 12-13 novembre, 2010*, 109

ROMANO - TASSONE A., *Sulla disponibilità dell'ordine dei motivi di ricorso*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3/2012.

ROLLI – TAGLIALATELA, *La legittimazione costituzionale delle Autorità Amministrative Indipendenti*, in www.giustamm.it. VILLATA RAMAJOLI, *il Provvedimento amministrativo*, Torino, 2006

SAITTA, *I nova nell'appello amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2010

SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, , Giuffrè, Milano, 2012

SANDULLI, *Introduzione ad un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell' AGCM nell'art.21 bis l .n. 287/90*, in Federalismi.it

SANDULLI A.M., *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato ed ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963

SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2016

SATTA, voce “*Domanda giudiziale*” , in *Enc. del dir.*, XIII, Milano, 1970

SCOCA F.G., *Commento all'art. 63*, in Lopilato e Quaranta (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano 2011

STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell' aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir.proc.amm.*, 2011

- TAORMINA, L'essenzialità del procedimento penale, Napoli, 1974
- TOMEI, Legittimazione ad agire, in Enc. del diritto, XXIV, 1974
- TOMMASEO, "*I processi a contenuto oggettivo*", in Riv. Dir. Civ., 1988
- TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino 2010, 256 ss.;
- VIGORITI, *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*", Milano, Giuffrè, 1979
- VILLATA, *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado*, in Dir. Proc. Amm., 2009, p. 285 e ss.
- VILLATA, *Riflessioni introduttive allo studio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, in Dir. proc. amm. 1990
- VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in Dir. proc. amm. 1995
- VILLATA RAMAJOLI, *il Provvedimento amministrativo*, Torino, 2006
- VIPIANA, *In margine ad un recente orientamento del Consiglio di Stato sul cd. Interesse strumentale a ricorrere*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 1987
- VIRGA, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, Milano 1991;
- ZERMAN, *L'effettività della tutela nel Codice del processo amministrativo*, in Giustizia-amministrativa.it

GIURISPRUDENZA

T.A.R Campania, Napoli, Sez. VI 6 febbraio 2014, n.791

Tar Lazio, sez. III- ter, 15 marzo 2013, n. 2720.

TAR Milano, 25 ottobre 2013 n. 2367

Consiglio di Stato, IV sez., 15 marzo 2012, n. 1453

Corte Cost., 26 luglio 1979, n.88

Consiglio di Stato, Sez. V, 8 maggio 2002, n. 2468.

Cass. Civ., Sez. Un., 6 dicembre 1979, n.5172

Consiglio di Stato, V sez., 27 aprile 2012, n.2460

Consiglio di Stato, Ad. Plen., 19 novembre 1979, n.24

Corte Cost. , 6 luglio 2004, n. 204

Consiglio di Stato, Ad. Pl., 7 aprile 2011, n. 4.

Consiglio di Stato, Ad. Pl., 13 aprile 2015, n.4.

Consiglio di Stato, Ad. Pl., 27 aprile 2015, n. 5

Consiglio di Stato, Ad. Pl., 10 novembre 2008, n. 11.

Consiglio di Stato, Sez. III, 26 agosto 2016, n. 3708

Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 5 aprile 2016 C-689/13

Corte di Giustizia UE, 4 luglio 2013, C-100/12

